Volumen V
Septiembre 2018
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW

USFQ PRESS



USFQ LAW REVIEW

Volumen V • Septiembre 2018



USFQ PRESS

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Campus Cumbayá, Quito 170901, Ecuador.

USFQ PRESS es el departamento editorial de la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Fomentamos la misión de la universidad al diseminar el conocimiento para formar, educar, investigar y servir a la comunidad dentro de la filosofía de las Artes Liberales.

ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



Email: lawreview@usfq.edu.ec
Página web: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/
http://lawreview.usfq.edu.ec

El Comité Editorial de la revista USFQ Law Review está integrado por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, debidamente registrados en la modalidad de pregrado.

El Comité Editorial agradece al profesor Pier Pigozzi, faculty advisor de USFQ Law Review, por su guía, permanente disponibilidad y apoyo a la revista.



USFQ Law Review es una revista jurídica íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. El principal propósito de la Revista es publicar artículos de investigación académica en los que se analicen, de forma crítica y fundamentada, diversos temas legales de relevancia y actualidad; generando así conocimiento, y colocándose como una fuente de consulta y discusión que aporta a la comunidad.

Comité Editorial

El Comité Editorial es el órgano rector de la revista. Está integrado estudiantes de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito que se dividen en los siguientes cargos: 1) Editores en jefe; 2) Editores asociados; y, 3) Editores junior.

Los Editores en jefe son los responsables de la dirección del Comité Editorial y revisan en última instancia el contenido que se publicará en la revista. Los Editores en jefe y Editores asociados están a cargo de la edición de manuscritos, de la publicación de la revista, de la invitación y selección de articulistas y de la selección y renovación del equipo editorial. Los Editores junior, en su calidad de miembros entrantes al Comité Editorial, cumplen las funciones asignadas por los otros Editores, con el propósito de ser capacitados para ocupar posteriormente la función de Editores asociados.

Proceso de selección

Todos los textos deberán ser enviados a través del sistema *Open Journal System* (OJS) de la Universidad San Francisco de Quito. El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Comité Editorial de USFQ Law Review está compuesto por las siguientes fases:

Recepción: el proceso inicia con la fase de recepción de artículos académicos. Los textos deben ser enviados al Comité Editorial de USFQ Law Review a través del mecanismo señalado en cada convocatoria. Desde el año 2018, deben necesariamente ser cargados al sistema *Open Journal System* (en adelante OJS) de la Universidad San Francisco de Quito, la cual se encuentra en el siguiente enlace: http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview

Selección: el artículo será examinado de manera anónima por dos miembros del Comité Editorial quienes decidirán si cumple los parámetros mínimos de calidad exigidos por la revista para ser aceptado al proceso de edición.

En caso de no haber acuerdo entre ambos revisores, se remitirá el artículo a un tercer miembro del Comité Editorial quien tendrá voto dirimente.

Los autores serán notificados de la aceptación o denegación de sus artículos hasta un mes después del día de cierre de la convocatoria. Dicha notificación incluirá los informes de cada uno de los revisores y contendrá las correcciones de forma y fondo pertinentes.

Edición: tras la notificación, los articulistas contarán con un periodo determinado por el Comité Editorial para realizar las correcciones y enviar el siguiente borrador. Este procedimiento se repetirá hasta que el Comité Editorial considere necesario.

Posteriormente, los artículos serán revisados en términos ortográficos, gramaticales y de estilo por el Departamento de Composición de la Universidad San Francisco de Quito.

Finalmente, los Editores en Jefe del Comité Editorial realizarán una revisión previa al proceso de diagramación.

Publicación: cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en USFQ Law Review.

Frecuencia de la publicación

La publicación de la revista es anual.

Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación que se difunde bajo la plataforma Open Journal System (OJS), se garantiza la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones.

Normas para autores

Para aprobar la fase de selección, los artículos enviados deberán cumplir los siguientes requisitos: (i) extensión de mínimo 5.000 palabras y máximo 35 páginas de contenido; (ii) estructura y formato de citación detallados en la Guía de Autor de USFQ Law Review; (iii) relevancia e innovación del tema jurídico abordado; (iv) contenido crítico; y, (v) suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

Guía de autor

El Comité Editorial de USFQ Law Review pone a disposición de los autores su Guía de Autor. Esta será una herramienta para facilitar a los autores la redacción de sus obras, que tiene como objetivo homogeneizar el formato de los artículos académicos presentados a USFQ Law Review. Por este motivo, los artículos que no cumplan los lineamientos de esta Guía no serán considerados por el Comité Editorial. La Guía de Autor se encuentra disponible en: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/



Presentación

Para el Comité Editorial de USFQ Law Review es un honor presentar el V volumen de nuestra revista, correspondiente al año 2018. Con el lanzamiento del presente volumen se cumplen cinco años desde la fundación de USFQ Law Review. A lo largo de estos años, la revista ha logrado consolidarse como una fuente de consulta y discusión para la comunidad académica en general, manteniéndose como una iniciativa impulsada íntegramente por estudiantes. A través de sus cinco volúmenes, USFQ Law Review ha puesto a disposición de la comunidad jurídica alrededor de 50 artículos con un alto contenido académico e investigativo, ofreciendo a más de 60 estudiantes y profesionales del derecho un espacio para exponer sus ideas y aportar a la discusión jurídica.

En sus cinco primeros años, USFQ Law Review ha crecido de manera exponencial, abriendo sus puertas a cada vez más estudiantes a que conformen su Comité Editorial. En 2017, USFQ Law Review fue indexada en el sistema internacional de búsquedas *Latindex*. En 2018, la revista ingresó al repositorio de la Asociación de Revistas Académicas de Humanidades y Ciencias Sociales "Revistas Latinoamericanas"; y se encuentra actualmente en proceso de indexación a otras importantes bases de datos. Estos logros reflejan los altos estándares que ha manejado la revista, además de permitir que los aportes de nuestros articulistas obtengan mayor difusión y alcance. En el periodo editorial 2017-2018, USFQ Law Review puso a disposición de la comunidad académica su Guía de Autor en dos idiomas: español e inglés. Esta es una herramienta para facilitar a los autores la redacción de sus obras, que tiene como objetivo homogeneizar el formato de los artículos académicos presentados a USFQ Law Review. Además, se busca fijar un estándar de formato y citación para investigaciones jurídicas.

Con estos antecedentes, es un gusto para nosotros presentar nuestro V volumen, en el cual nuestros lectores podrán encontrar trece artículos de diversas temáticas.

Natalia Barona Martínez y Antonella Tescaroli Espinosa presentan un importante estudio acerca de la gradación de instrumentos internacionales, el *pacta sunt*

servanda y *pro homine* como herramientas para la inclusión de normas de *soft law* en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano. Ana Isabel Cobo Ordóñez y María Paula Mesías Vela analizan la posible implementación de las figuras del *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* en el Ecuador.

Hernán Felipe Escudero Álvarez analiza la condición del inversionista extranjero bajo el derecho internacional de las inversiones, partiendo de una concepción moderna de la personalidad jurídica internacional. Robert Friend Macías y María Cristina Naveda Vera analizan la relación entre la muerte presunta y la desaparición forzada de personas a partir de dos importantes y renombrados casos en el derecho ecuatoriano.

En el ámbito del derecho laboral, Fabián Esteban Jaramillo Intriago examina la aplicabilidad de la figura de los riesgos psicosociales en el derecho del trabajo ecuatoriano. Valeria Elizabeth Rosales Andrade analiza el régimen de la maternidad subrogada en el Ecuador y propone una reforma legislativa a fin de que esta figura pueda ser considerada una forma de trabajo.

Gabriel Andrés Reina Vanegas presenta un estudio acerca del trámite y la naturaleza jurídica de la nulidad de laudos en el derecho ecuatoriano y ofrece sus observaciones a la resolución 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia. Ana Belén Morales Solis realiza un interesante análisis acerca del gobierno de los jueces constitucionales y la manera en la que este ha obstaculizado el ejercicio de la democracia directa. Mercedes Alejandra Soriano Díaz analiza la admisibilidad del recurso de casación desde el enfoque del derecho constitucional.

Danny Torres Vergara y Rafael Gabela Salvador ofrecen una interesante discusión acerca de las principales repercusiones jurídicas que supondría la supresión del inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, referente al informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

Finalmente, en este volumen tenemos el agrado de presentarles una compilación de tres artículos en materia de Derecho Internacional Humanitario, con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja, en un esfuerzo conjunto por promover el estudio de esta rama del derecho en Ecuador.

En este ámbito, Karla Lasso y Roberto Eguiguren realizan un análisis de las consecuencias del ataque de Estados Unidos a una base militar Siria, a efectos de la determinación de la naturaleza del conflicto armado sirio. Gabriela Flores nos presenta un interesante artículo en inglés en el que sugiere un enfoque novedoso de interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario. Por último, Cristina Quijano, Ricardo Ruiz, Camila Roberts y Eduardo Guerrero exploran, de manera crítica, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para el Comité Editorial de USFQ Law Review es fundamental agradecer a nuestros articulistas por su inmenso aporte y por depositar su confianza en nuestros procesos editoriales. Extendemos, también, un especial un agradecimiento a nuestros auspiciantes, quienes a través de su contribución permiten el crecimiento de proyectos académicos como este y fomentan el desarrollo de la investigación jurídica en el país. Además, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia al incentivar el desarrollo de espacios de discusión jurídica.

A nombre del Comité Editorial de USFQ Law Review, esperamos que este volumen sea de su agrado y les invitamos a ser parte de nuestros próximos volúmenes.

Quito, septiembre 2018

María Paula Mesías Vela
Editora en jefe

María Gracia Naranjo Ponce
Editora en jefe

ÍNDICE

La gradación de instrumentos internacionales, el *pacta sunt servanda* y *pro homine* como herramientas para la inclusión de normas de *soft law* en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

Natalia Barona Martínez
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: baronanati@gmail.com

Antonella Tescaroli Espinosa
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: ctescaroli.97@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen
Las ramas de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional se encuentran en constante desarrollo y evolución, por lo que el significado de sus respectivas normas varía según la importancia que los Estados les den. Siendo así, la presente investigación se enfocará en explicar cómo se manifiesta aquella actitud estatal, así como qué implicaciones tiene para la adopción de instrumentos internacionales que tradicionalmente no han sido considerados como fuentes de obligaciones vinculantes para los Estados; a saber, las normas internacionales de *soft law*. Con el fin de poder profundizar sobre este tema, se comenzará por dar una explicación general de la noción de bloque de constitucionalidad en Ecuador, y del significado mismo de los instrumentos de *soft law*. Se continuará con el análisis de las distintas aplicaciones prácticas e influencia de las normas de *soft law* para el Derecho Constitucional ecuatoriano, en conexión a los principios *pro homine* y *pacta sunt servanda*. Finalmente, y a partir de todo lo mencionado, se expondrá la relevancia y exigibilidad de estas normas internacionales para el Estado ecuatoriano.

Palabras clave
Soft law, compliance, gradación, bloque de constitucionalidad, *pro homine*, *pacta sunt servanda*.

The Gradation of International Instruments, Pacta Sunt Servanda and Pro Homine as Tools for The Inclusion of Soft Law Standards in The Ecuadorian Block of Constitutionality

Abstract
The branches of Public International Law and Constitutional Law are in constant development and evolution, which is why the meaning of their respective norms varies according to the importance that different states give them. This investigation will focus on explaining the manifestations of that state attitude and what implications it has on the creation and adoption of norms that traditionally have not been considered as binding state obligations; namely, international soft law norms. For the purpose of elaborating on this subject, the article will start by giving a general explanation of the notion of block of constitutionality in Ecuador, as well as the meaning of soft law itself. Next, the article will continue by analyzing the different practical applications and influence of soft law norms to Ecuadorian Constitutional Law, in connection with the pro homine and pacta sunt servanda principles. Finally, and based on what has been mentioned, this investigation will attempt to present the relevance and enforcement of these international norms for the Ecuadorian state.

Keywords
Soft law, compliance, gradation, block of constitutionality, pro homine, pacta sunt servanda.

1. Introducción

En los orígenes del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP), los Estados ratificaban convenciones o tratados en función de esta normativa internacional para dar a conocer a los demás miembros de la comunidad internacional su consentimiento expreso frente a un compromiso adoptado, ya sea bilateral o multilateral. No obstante, el DIP, "como todo ordenamiento jurídico, es un sistema en constante transformación"[1], por lo que aparecieron nuevas formas de manifestación de la voluntad –siendo estas las normas de *soft law*–, conjuntamente con las complicaciones que esto conllevaba puesto que no existía una ratificación estatal expresa. Así las cosas, sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), los tratados ratificados empezaron a generar consecuencias, siendo la principal la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Ahora, "[n]o existe duda de que, durante las últimas tres décadas, ha habido una creciente resistencia de parte de los Estados para fortalecer el régimen de protección [hacia las personas]"[2]. Sin embargo, las nuevas formas de manifestación permanecen y juegan un papel importante en el día a día del DIP y DIDH específicamente. La presente investigación pretende explicar la relevancia de estas nuevas formas de manifestación de la voluntad frente al papel de la ratificación tanto en el plano internacional como en el interno, para entender también la manera en que estas se aplican a través de la introducción de nociones y principios –como el *pacta sunt servanda, pro homine* y no regresividad–.

Desde la noción del derecho interno ecuatoriano, se tratará, además, de explicar la inclusión de las nuevas formas de expresión internacional en el ordenamiento jurídico a través de la Constitución de 2008 y su bloque de constitucionalidad, asumiendo el término instrumentos internacionales sin necesariamente especificar que se trata de tratados expresamente ratificados. Finalmente, todo esto llevará a entender si existe un sustento jurídico a escala nacional que justifique la materialización de estas manifestaciones para su consecuente utilización.

2. Acercamiento al concepto de bloque de constitucionalidad y sus implicaciones

El término bloque de constitucionalidad nació en Francia a inicios de los años setenta[3], cuando el Consejo Constitucional determinó en su decisión DC 71-

1 Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del *soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional". Anuario Mexicano de Derecho Internacional VI (2006),* pp. 513-549.

2 Traducción libre. Hurwitz, Agnès. "Norm-Making in International Refugee Law". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012), pp. 430-433.

3 *Cfr. Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commune*, p. 240. En: Von Bondandy, Armin *et* ál. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 235-251.

44[4] que, además del articulado de la Constitución francesa *per se*, el preámbulo de la misma también podría ser una referencia para la revisión de la constitucionalidad del resto de normas de su ordenamiento jurídico[5].

A partir de este razonamiento, los efectos del preámbulo ya no serían meramente valorativos o morales, pues pasarían a formar parte de un bloque de normas jurídicamente vinculantes y elevadas a rango constitucional[6]. Surge, entonces, la idea de que "una [C]onstitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la [C]onstitución escrita"[7].

El concepto se extendió hacia distintos países de Europa y, eventualmente, de Latinoamérica, lo cual naturalmente conllevó su adaptación dentro de diversos contextos políticos y legales. Por esta razón, como argumentan Favoreu y Rubio-Llorente, el contenido de bloque de constitucionalidad "no puede ser [institucionalizado] como categoría jurídico-normativa [ni tener] un significado preciso generalmente aceptado"[8], pues se encuentra en constante cambio.

A pesar de esto, se pueden encontrar esfuerzos por parte de la doctrina latinoamericana para definir ciertos elementos comunes en el concepto de bloque de constitucionalidad visto objetivamente, y sin atender todavía a las normas que lo integrarían, algo que, una vez más, se ha desarrollado en cada Estado de manera individualizada por ser parte de su contenido. En ese sentido, Bidart Campos se ha referido al concepto como "un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental"[9]. Rodrigo Uprimmy, por otro lado, anota:

> [E]s necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios que, sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece

4 Conseil Constitutionnel de la République française. *Decisión 71-44 DC. Sentencia, 16 de julio de 1971.*

5 *Cfr. Dávila, Carlos Mario. "Cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la teoría de la revolución jurídica". Vniversitas* 126 (2013), p. 126.

6 *Cfr*. Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality. Óp. cit., p. 240.*

7 Uprimny Yepes, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal,* p. 23. En: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2005, pp. 21-63. Citado en Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0001-009-SIS.* Sentencia, 19 de mayo de 2009.

8 Favoreu, Louis y Rubio-Llorente, Francisco. *Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional).* En: *Enciclopedia Jurídica Básica. T*omo 1. Madrid: Civitas (1995), p. 817. Citado en Suelt-Cock, Vanessa. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en Colombia". *Vniversitas* 65/133 (2016), pp. 308-309.

9 Bidart Campos, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Buenos Aires: Ediar (1995), pp. 265-267. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución". *FORO: Revista de Derecho* 12 (2009), p. 7.

Para mayor información acerca de la incorporación de la noción de bloque en *Ecuador, vid.* Tribunal Constitucional del Ecuador. *Resolución 001-2004-DI.* Sentencia, 9 de julio de 2004; Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0001-09-SIS-CC. Óp. cit.* 9, pp. 6-7.

que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional[10].

De lo explicado por ambos autores, se puede concluir que existen dos elementos básicos en la noción de bloque de constitucionalidad: (i) es un conjunto normativo integrado, no solo por reglas, sino también por valores y principios, que no han sido contemplados expresamente dentro de una Constitución; y (ii) a través de una norma de remisión contenida en la misma Constitución, aquel conjunto normativo adquiere "el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos"[11]. Así, cuando el conjunto reconoce un derecho, este se "impregna de las características y funciones propias de las garantías constitucionales"[12].

En cuanto a la finalidad de la figura del bloque de constitucionalidad en Latinoamérica, Manuel Góngora-Mera plantea que existen, asimismo, dos escenarios en los que esta es generalmente invocada: "(i) como parámetro dentro de un control de constitucionalidad; y, (ii) en mandatos judiciales, cuando los Derechos Humanos protegidos por las normas [comprendidas en el bloque] sean violados"[13]. El primer criterio, compartido por Bidart Campos y Vanessa Suelt-Cock[14], presupone justamente que las normas infraconstitucionales sean concordantes con la norma suprema, además de aquellas que integrarían el bloque de constitucionalidad; una labor que, dependiendo del sistema jurídico del que se hable, corresponderá ya sea a jueces ordinarios, o a un órgano especializado, como lo es una Corte Constitucional[15]. La segunda situación que menciona Góngora-Mera demuestra el vínculo indiscutible que existe entre la función del bloque de constitucionalidad, y la integración de instrumentos de derechos humanos como normas constitucionales[16], a fin de que pueda ampliarse la protección y garantía de los mismos.

Es por esta estrecha relación que consideramos relevante tratar el debate existente con respecto al alcance de aquella inclusión de normas internacionales al bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, al ordenamiento jurídico interno. Tradicionalmente, se ha desarrollado el concepto de bloque como una forma de darles mayor coercibilidad a aquellos tratados de derechos humanos (en adelante, DD. HH.)

10 Uprimny Yepes, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.* En O'Donnell, Daniel, Uprimny, Inés Margarita, y Villa, Alejandro. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001, pp. 97-154. Citado en Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad". *Revista Derecho del Estado* 29 (2012), pp. 175-214.

11 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia D-5807, 7 de diciembre de 2005. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". Óp. cit.*, p. 8.

12 Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío…". *Óp. cit.,* p. 6.

13 Traducción libre. *Cfr. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality… Óp. cit.*, p. 238.

14 *Cfr. Bidart Campos, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Buenos Aires: Ediar, 1995. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". *Óp. cit.*, p. 7; Suelt-Cock, Vanessa. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo…". *Óp. cit.*, p. 308.

15 Para mayor información acerca de la noción del control de constitucionalidad en general y en para el Estado ecuatoriano, *vid.* Prieto Sanchis, Luis. J*usticia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003. Citado en Intriago Ceballos, Ana Teresa. *El control constitucional en Ecuador*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, pp. 12-13; Corte Constitucional Ecuatoriana. *Sentencia 001-12-SCN-CC,* Sentencia, 6 de febrero de 2013.

16 Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". *Óp. cit.*, pp. 8-9.

ratificados por los Estados; eran estas normas las que se integraban a un Derecho Constitucional más amplio que el texto de la Constitución *strictu sensu*[17]. Sin embargo, el uso del término instrumentos internacionales de DD. HH., en lugar de tratados internacionales, en distintas legislaciones, pronunciamientos de cortes y estudios doctrinarios ha dado paso a la idea de que el bloque de constitucionalidad va más allá de aquellas normas que han atravesado un proceso de ratificación por parte de los Estados[18], criterio que se abordará a lo largo del presente trabajo.

Esta diferencia terminológica es trascendental para los fines que se le atribuyen a la figura del bloque de constitucionalidad, siendo que la noción de instrumentos es mucho más amplia, y comprende normas que, –una vez más– sin haber sido ratificadas, podrían acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, en caso de que incumplan con las obligaciones por ellas contempladas. Es justamente así como funciona el sistema en Ecuador. Aquella diferenciación entre instrumentos y tratados es un tema que tiene un significado directo para el entendimiento del ordenamiento y de las normas constitucionales. Así, en la Constitución de la República de 2008, existen varias normas que hacen alusión específica a la garantía, eficacia plena y aplicabilidad inmediata de los DD. HH. contenidos en instrumentos internacionales[19], igualándolos expresamente con normas constitucionales, siempre que sean más favorables para la persona humana[20]. Aquellas normas constituirían lo que se ha denominado anteriormente como cláusulas de remisión.

La práctica de igualar a las normas internacionales con las constitucionales, es decir, de reconocer su validez como parte del bloque de constitucionalidad, es algo que se ha ido desarrollando en América Latina a partir de los años noventa; previamente su rango era simplemente legal o supralegal, y nunca constitucional[21]. En este ámbito, Ecuador tampoco es excepción, puesto que, si se analiza la Constitución que entró en vigencia en el año 1979, se puede encontrar un artículo[22] que, si bien hace alusión a los instrumentos internacionales como forma de garantizar derechos, está siempre supeditado a la norma que prevé la soberanía de la Constitución. Esta disposición no hace alusión en ningún momento al prin-

17 *Vid. Uprimny Yepes, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia… Óp. cit.,* Citado en Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío…". *Óp. cit.*, p. 26.

18 *Vid. Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad…". Óp. cit.*

19 *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3, 11, 172, 417, 426. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

20 "Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución". *Eiusdem.*

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos." Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

21 *Cfr.* Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality. Óp. cit.,* p. 238.

22 "Artículo 44.- El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes". Constitución Política del Ecuador. Artículo 44. Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Cuerpo legal derogado.

cipio de favorabilidad y suprime categóricamente todo valor jurídico que podría tener un precepto que contradiga a aquella norma suprema[23]. No es sino hasta la Constitución del año 1998 que la noción de instrumentos internacionales cobra relevancia jurídica como parte del bloque, siempre en relación con la mayor protección posible que se le pueda dar a la persona humana[24].

Esta breve mirada al desarrollo histórico de las Constituciones en Ecuador en relación con el tema de las normas internacionales de DD. HH. permite señalar dos principios trascendentales en cuanto a la inclusión de instrumentos en el ordenamiento jurídico y su elevación a rango de norma constitucional: en primer lugar, el principio *pro homine,* que es la piedra angular de esta actividad, y, como consecuencia de este, el principio de no regresividad.

Como se ha mencionado ya, el bloque de constitucionalidad, como noción, implica la coexistencia de diversas fuentes de derecho interno e internacional, lo cual a su vez requiere de una pauta armonizadora e interpretativa para la aplicación de normas y la efectiva protección de los derechos dentro de ellas previstos[25]. Esta es precisamente la función del principio *pro homine,* que es esencial –además– para poder comprender las formas y mecanismos mediante los cuales aquellos instrumentos internacionales aludidos en las cláusulas de remisión, ingresarían al ordenamiento jurídico ecuatoriano y la razón detrás de tal inclusión. Como menciona el Dr. Yota Negishi, el principio proporciona la oportunidad de reconsiderar la relación global entre el DIP y el derecho interno[26], hablando así de una compatibilidad entre ambos ámbitos en lugar de una posible jerarquía[27]. La Corte Constitucional ha arribado a esta conclusión en varios de sus pronunciamientos[28], llegando incluso a afirmar que:

> [Como] regla de interpretación de los derechos constitucionales/humanos el principio *pro homine* o pro persona constituye una amalgama entre el derecho interno e internacional de los derechos humanos, y además, un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos[29].

23 "Artículo 137.- La Constitución es la ley suprema de Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción la Constitución o alteraren sus prescripciones". Constitución Política del Ecuador. Artículo 137. Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Cuerpo legal derogado.

24 *Cfr.* Constitución Política de la República del Ecuador. Artículos 17, 18, 23, 24. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

25 Para más información respecto del principio *pro homine* como pauta interpretativa, *vid.* Pinto, Mónica. *El principio* pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En: Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto, y Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172; Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad…". *Óp. cit.,* p. 7; Manili, Pablo. *El bloque de constitucionalidad: La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino.* Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 120; Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. 3.ª* ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 14.

26 Negishi, Yota. "The *Pro Homine* Principle's Role in Regulating The Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control." *European Journal of International Law* 28/2 (2017), p. 474.

27 *Vid.* Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador. *Decisión 52-2003/56-2003/57-2003.* Sentencia, 1 de abril de 2004.

28 *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 265-15-SEP-CC.* Sentencia, 12 de agosto de 2015; Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 014-16-SIN-CC.* Sentencia, 2 de marzo de 2016.

29 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 017-17-SIN-CC.* Sentencia, 7 de junio de 2017.

Por otro lado, y como se ha dicho anteriormente, el principio en cuestión tiene como consecuencia primordial la no regresividad del contenido y la ejecutabilidad de los derechos. Asimismo, ya ha sido recogido expresamente por la Constitución de 2008 en su artículo 11.8, que prescribe la inconstitucionalidad de "cualquier acción u omisión de carácter regresivo, que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos"[30]. Por otro lado, la Corte Constitucional también ha señalado que:

> [Según] el principio de progresividad, los derechos constitucionales tienen tal importancia que, una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución o los instrumentos internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados […] De este modo, la progresividad de los derechos constituye un mandato para los poderes públicos[31].

Habiendo explicado ambos principios, su alcance resulta evidente, en cuanto justifica la integración de tratados y demás instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad del Ecuador. A partir de todo esto surge, sin embargo, una interrogante respecto de la forma en la que las normas antes referidas se insertarían en el ámbito interno y si todas pueden ser incluidas como parte del *corpus iuris* internacional. Como se verá más adelante, existen diferencias trascendentales en este ámbito entre normas de tratado y los demás instrumentos internacionales que se ven incluidos en el bloque (infra § 3.1). Como regla general, y en aplicación del pensamiento de Kelsen, Kunz o Scelle[32], un tratado ingresaría al sistema ecuatoriano bajo una suerte de teoría monista, que presupondría una constante interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, conformando así un mismo universo de Derecho. Sin embargo, este no es un postulado fijo, pues existen ciertas normas constitucionales –el artículo 438, predominantemente[33]– que exigen un análisis de compatibilidad entre tratados y el ordenamiento ecuatoriano, realizado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, cabe recalcar una vez más que esta teoría de integración –que supone una suerte de monismo moderado–, se aplicaría únicamente a tratados, considerando que estos conllevan un consentimiento expreso de los Estados manifestado a través de su ratificación o adhesión. A lo largo de la presente investigación, se pretende explicar por qué las facultades de la Corte Constitucional para determinar la compatibilidad entre tratados y el derecho interno no serían aplicables respecto de los demás instrumentos internacionales,

---

30 "Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

31 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-13-SIN-CC. Sentencia, 13 de junio de 2013,* p. 12.

32 *Cfr*. Becerra Ramírez, Manuel. L*a recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México DF: Universidad Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 14-15.

33 "Artículo 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 438. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

a pesar de que ellos sí se entienden parte del bloque. Se busca, entonces, definir y analizar aquellos mecanismos particulares en los que tales instrumentos pasarían a formar parte del bloque, considerando las cláusulas de remisión que hace la misma Constitución, así como los principios *pro homine* y de no regresividad.

3. Normas de *soft law* como instrumentos internacionales

Cuando se habla de fuentes en el DIP y todas sus ramas, particularmente el DIDH[34], el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, ECIJ) es la base legal a la que hay que referirse. Este establece:

> 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
> a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
> b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
> c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
> d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59[35].

A partir de esta norma internacional establecida en 1920[36], se ha ido desarrollando el DIP hasta como se lo conoce hoy. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, en el siglo XX, los sujetos del DIP eran principalmente los Estados[37]. Hoy, después de casi 100 años de su redacción, el panorama es muy diferente al que vieron los legisladores de la época: el DIP cuenta con muchos más sujetos capaces de contraer derechos y obligaciones en el plano internacional y, por ende, con nuevas y diferentes formas de expresión de la voluntad.

A partir de esta rápida evolución, "[l]as fuentes enlistadas en el artículo 38 (1) del [ECIJ] son consideradas como las fuentes 'tradicionales' del [DIP]"[38]. Van Hoof las analiza y explica que "la ya limitada utilidad de fuentes distintas a los tratados y costumbre […] se ha disminuido debido a los cambios en la estructura de la sociedad internacional en décadas recientes"[39]. Por lo tanto, "[e]l espectro completo

34 Se ha decidido referir específicamente el DIDH, considerando la remisión expresa que hace la Constitución de 2008 a instrumentos internacionales de DD. HH.

35 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 38.

36 *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional…* Becerra explica que, si bien el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fue redactado en 1945, su antecedente es el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI), instrumento redactado en 1920. "[E]n 1945, los fundadores de la ONU, tomaron la formulación de las fuentes del derecho internacional de su antecedente CPJI y lo plasmaron en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que en poco se separa de su antecedente". *Eiusdem.*

37 *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional…;* Becerra Ramírez, Manuel. *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional. CDMX: UNAM, 2017,* p. 116.

38 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law' as A Source of International Human Rights". *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 35/2 (2002), p. 289.

39 Traducción libre. *Id., p. 290. Cfr. Barberis, Julio. Formación de derecho internacional.* Buenos Aires: Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, p. 257.

del [DIP] no está completamente cubierto bajo los tratados y la costumbre internacional. Un problema pertinente experimentado con las fuentes del artículo 38 es su capacidad para explicar el estatus de expresiones del [DIP] recientemente desarrolladas"[40]. Este hecho da apertura a un debate doctrinario respecto a si las fuentes del artículo 38 del ECIJ son *numerus clausus o numerus apertus*[41]; no obstante, la presente investigación parte desde el punto de vista de que las nuevas formas de expresión de los sujetos internacionales sí son fuentes del DIP no descritas en el ECIJ, argumento que se explicará a lo largo del artículo.

Ahora bien, independientemente de este debate, es innegable que, dentro de las fuentes "tradicionales", está lo que se considera como *hard law*[42] o instrumentos de obligatorio cumplimiento para los Estados por ser fuentes principales, siendo estos los tratados[43], la costumbre internacional (*infra* § 4), y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas[44]. Empero –y esta es una de las razones principales por las que se considera en esta investigación que el ECIJ es simplemente una base o punto de partida–, también es innegable que, en el plano internacional, existen instrumentos que no tienen carácter vinculante, pero que son jurídicamente relevantes; siendo estos algunas de las nuevas formas de expresión de la voluntad en el DIP, conocidas generalmente como normas de *soft law* o derecho blando.

El concepto de soft law es atribuido al "jurista inglés Lord Mc Fair, [quien] usaba el término como sinónimo y como una manera de diferenciar las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*. [Pero] [u]na corriente doctrinal adoptó el término de *soft law* y le dio un significado mucho más amplio"[45]; por lo que ahora se conoce generalmente como soft law a instrumentos internacionales que se desarrollan "cuando uno o más de los elementos de obligación, precisión o delegación está debilitado"[46]. En otras palabras, soft law es cualquier instrumento internacional que no se acople o adecúe a las fuentes tradicionales del DIP y a sus elementos

40 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 290.

41 *Cfr. Ibíd.* Respecto al debate sobre el carácter taxativo del artículo 38 del ECIJ, *vid.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in The International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 6; Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional… Óp. cit.*, p. 4.

42 Sobre el proceso de adopción de instrumentos internacionales vinculantes, *vid.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, pp. 5-6; Robinson, Tracy. *Legalising norms related to sexual, gender and bodily diversity in the inter-American human rights system*, p. 2. Disponible en https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_robinson_cv_eng.pdf (acceso: 2017).

43 "Artículo 2.- 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Artículo 2, numeral 1, literal a).

44 "La doctrina moderna no está en un todo de acuerdo sobre la naturaleza de los principios generales de derecho como fuentes creadoras de normas jurídicas internacionales. Tratadistas como Rousseau, Starke y Podesta Costa, por distintos motivos, no le dan a los principios generales de derecho jerarquía de fuentes principales, sino de meras fuentes subsidiarias o auxiliares en la verificación de las reglas del derecho internacional. Estas posturas doctrinarias no se compadecen con el contenido del artículo 38, 1 del [ECIJ]". Moncayo, Guillermo; Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia. *Derecho Internacional Público.* Tomo I. Buenos Aires: Zavalia, p. 148.

45 Becerra Ramírez, Manuel. *Las fuentes contemporáneas... Óp. cit.*, p. 116. *Cfr. Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law…". Óp. cit.*, p. 518.

46 Traducción libre. Robinson, Tracy. *Legalising norms related to sexual… Óp. cit.,* p. 3.

constitutivos, siendo estos *"usus* y *opinio iuris (infra* § 4) en el caso de la costumbre, o consentimiento expreso para estar obligado en el caso de los tratados"[47].

La terminología del concepto de *soft law* ha generado ciertas críticas en el mundo doctrinario, principalmente porque se alega que la ausencia de obligatoriedad no implica que se trate de un derecho blando per se justamente por la relevancia jurídica detrás de estas normas. Consecuentemente, el uso del término *soft law* "induce a error y es contradictorio"[48] porque lleva a pensar que estas normas no son importantes por tener la palabra "*soft*" en ellas; pero al lado también se encuentra la palabra "*law*" que ya implica relevancia. Así como en el mencionado debate acerca de la naturaleza del artículo 38 del ECIJ, esta investigación no entrará a analizar a fondo los temas relacionados con la certeza del término *soft law* y, en este caso, se lo verá netamente como una norma no vinculante pero jurídicamente relevante[49].

Un tema que sí se tratará a profundidad en esta investigación es el cumplimiento de las normas de *soft law* a pesar de su evidente carencia de obligatoriedad. Respecto a esta cuestión, existe un aspecto muy claro, y es que varios autores alegan que las normas de soft law, si bien no tienen fuerza obligatoria, "[juegan] un papel importante al facilitar y movilizar el consentimiento de los Estados requerido para establecer leyes internacionales vinculantes"[50]; es decir, tienen una fuerza persuasiva más que una obligatoria.

Así, se pueden considerar como normas de *soft law* del DIDH a algunos instrumentos como[51]: (i) resoluciones de la Asamblea General de organizaciones intergubernamentales como la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA); (ii) declaraciones, como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; o, (iii) en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), las Opiniones Consultivas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Respecto de los instrumentos mencionados del SIDH, se debe aclarar nuestra consideración respecto de los mismos, puesto que, si bien la jurisprudencia es considerada como fuente según el artículo 38 del ECIJ, no se debe dejar de lado que en el DIP no existe una regla de *stare decisis*[52], lo que significa que la

47 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The relevance of 'soft law'…". *Óp. cit.*, p. 294.

48 Traducción libre. Blutman, László. "In The Trap of A Legal Metaphor: International Soft Law". *The International and Comparative Law Quarterly 59/3 (2010),* p. 605.

49 Sobre el debate respecto al término *soft law, vid. Ibíd.*

50 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 289.

51 Es pertinente aclarar que existen divergencias en la doctrina respecto de qué instrumentos tienen el carácter de *soft law.* La discusión nace principalmente por la amplitud y ambigüedad del término, por lo que la doctrina no parece ponerse de acuerdo al respecto. No obstante, la definición de normas de *soft law* es clara y no hay discusión sobre aquello. Esta investigación analiza distintos instrumentos internacionales que considera que entran en esta categoría.

52 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 59. Es más, el propio artículo 38 de este mismo cuerpo legal hace referencia al artículo 59 sobre la inexistencia de una regla de *stare decisis.*

jurisprudencia es solamente vinculante *inter partes* y, para su efecto erga omnes, se puede considerar a las sentencias como normas de *soft law.* Lo mismo se puede decir de las Opiniones Consultivas, que se podrían considerar vinculantes (a pesar de que no existe norma expresa que lo ratifique) para el Estado que decidió preguntar a la Corte IDH, pero, para los demás, se las puede ver como *soft law,* puesto que existe indudable relevancia jurídica por ser una interpretación autorizada[53] de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)[54] (*nfra* § 3.1, literal b).

La característica común de los instrumentos mencionados es que ninguno es vinculante *erga omnes,* pero la fuerza persuasiva detrás de ellos es la que permite darles relevancia jurídica. Así, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no son vinculantes[55]. No obstante, son negociadas por miembros de la misión enviada de cada Estado en el Consejo Permanente[56] y aprobadas en consenso[57], lo que implica que los Estados están tomando una posición sobre el tema y, por el principio de *estoppel*, no se pueden ir en contra de su conducta. Otro ejemplo de la fuerza persuasiva de las normas de soft law se puede ver en la interpretación autorizada de la CADH, puesto que lo que interpreta la Corte IDH respecto de este tratado es una conducta que se espera de los Estados para garantizar los derechos humanos, y que se ve reflejada por el control de convencionalidad (concepto que se explicará en la sección § 5.2). En el mismo sentido, existe fuerza persuasiva cuando instrumentos no vinculantes sirven como base para la formación de instrumentos que sí lo son; por lo que su esencia está contenida en normas obligatorias (*infra* § 5.3).

Por lo tanto, la fuerza persuasiva de las normas de *soft law* en el DIDH llama a los Estados a velar por los DD. HH. de las personas en su jurisdicción, ya sea a través del mantenimiento de una conducta particular para no violar el principio de *estoppel*[58]; a través del control de convencionalidad para procurar que los derechos de la CADH sean garantizados satisfactoriamente; o sentando bases para la formación de *hard law.*

3.1. Distintos tipos de normas de *soft law* en el DIDH

Una vez introducido el concepto de *soft law, l*os debates alrededor de estas normas, y sus características más importantes (no obligatoriedad, relevancia jurídica y fuerza persuasiva), se puede ahondar en otros aspectos particulares para identificar los distintos grados de persuasión de las mismas. Para tal efecto, se analizará

53 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículos 62 y 64.

54 Sobre *la jurisprudencia como fuente del DIP, vid. Diez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, 2002, pp. 100-103; Moncayo, Guillermo; Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia. Derecho Internacional Público… *Óp. cit.* pp. 153-154.

55 A diferencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas (1945). Artículo 25.

56 Estatuto del Consejo Permanente de la Organización de Estados Unidos Americanos (2002). Artículo 2.

57 *Cfr*. Robinson, Tracy. Legalising Norms Related to Sexual… *Óp. cit.*, p. 3.

58 *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law". *American Journal of International Law* 100/2 (2006), p. 319.

la forma y contenido de los instrumentos internacionales para determinar si ellos son complementarios entre sí, o si la obligatoriedad y no obligatoriedad dibujan una línea clara de división entre los instrumentos[59]. La profesora Dinah Shelton ha desarrollado un esquema donde "la interacción entre forma y contenido lleva a cuatro alternativas posibles"[60]:

CONTENIDO	FORMA	
	Vinculante	No vinculante
Normativo	Ley	Compromiso
Inspiración promocional	Exhortatorio	Libertad de acción

Partiendo de esto, los instrumentos internacionales pueden ser de cuatro tipos, dependiendo de su contenido o forma; y, consecuentemente, "[l]as concepciones de lo que es 'derecho' [en el DIP y DIDH, específicamente], pueden deslizarse entre estas categorías"[61]:

3.1.1. Ley

Esta categoría es bastante clara, puesto que los instrumentos que pertenecen a ella son vinculantes y tienen un contenido normativo (es un Derecho puro y duro). Se trata de instrumentos vinculantes en los cuales los Estados han dado su consentimiento expreso para obligarse, como, por ejemplo, la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o normas consuetudinarias como la igualdad soberana según el DIP. En otras palabras, son todas las fuentes principales o *hard law* según el artículo 38 del ECIJ.

3.1.2. Compromiso

En esta categoría entran, por ejemplo, las mencionadas resoluciones de la Asamblea General de la OEA porque no son vinculantes –y, de hecho, esa puede ser una de las razones por las que los Estados votan a favor de ellas[62]–, pero tienen también un carácter normativo debido a su contenido y, consecuentemente, no son jurídicamente irrelevantes. Es decir, son normas de *soft law* porque no se acoplan a las fuentes tradicionales del DIP. No está por demás aclarar que no todas las resoluciones de organizaciones internacionales tienen este carácter, puesto que, excepcionalmente, y por su relevancia en plano internacional, se pueden

59 *Cfr.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.,* p. 4.
60 Traducción libre. *Ibíd.* La profesora Shelton hace su estudio desde el DIP, tomando cuatro ramas específicas: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Ambiental, Control de Armas, y Derecho Internacional Financiero.
61 Traducción libre. *Ibíd.*
62 *Cfr. Olivier, Michèle.* "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 292.

convertir en *hard law,* lo que haría de ellas normas vinculantes para los Estados parte de la organización[63].

En este tipo de instrumentos, existe "[u]na obligación moral o política que no es vinculante"[64] porque detrás de ellos hay una conducta estatal –ya sea consentimiento o aquiescencia– que los acepta. Es decir, hay detrás un compromiso de cada Estado que, de cierta forma, ya los obliga a no irse en contra de sus acciones. Por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela, la cual, por encontrarse en el proceso de denuncia de la Carta de la OEA[65], no participó en el 47.º Período Ordinario de Sesiones de esta organización y, por ende, no se acoge a las resoluciones adoptadas[66], por lo que no existe este compromiso con la organización ni con los demás Estados sobre lo resuelto en aquel período de sesiones concretamente.

Otros instrumentos que encajan en la categoría de compromisos internacionales son las igualmente mencionadas Opiniones Consultivas de la Corte IDH o la jurisprudencia vista *erga omnes.* En el SIDH específicamente, los Estados cuando ratifican la CADH "en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión […], o en cualquier momento posterior, [pueden] declarar que reconoce[n] como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte"[67]. Por tanto, el haber reconocido la facultad contenciosa de la Corte IDH, la cual vela por los derechos humanos en las Américas –entre ellos los establecidos en la CADH–, reconoce también que los Estados aceptan toda decisión u opinión de este organismo en función con el principio *pro homine* y por tratarse de interpretación autorizada de la CADH[68]. Es decir, tienen un compromiso por adoptar lo resuelto –u opinado– por la Corte IDH por el control de convencionalidad (*infra* § 5.2).

63 Por ejemplo, "[E]l TIJ […] en su dictamen de 1996 sobre *La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares,* aunque no haya reconocido finalmente valor consuetudinario a las numerosas Resoluciones de la AG que han proclamado en el empleo de armas nucleares constituye una ilegalidad y una violación a la Carta de la ONU". En: Diez de Velasco, *Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Óp. cit.*, p. 110.

En el mismo sentido, una excepción a las resoluciones como normas de *soft law* es la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en una resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, que tiene un valor jurídico sumamente importante en el plano internacional y se la podría considerar como costumbre internacional.

64 Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 4.

65 Carta de la Organización de Estados Americanos (1948). Artículo 143.

La República Bolivariana de Venezuela denunció la Carta de la OEA el 27 de abril de 2017. De acuerdo con el artículo 143 del mismo instrumento, deben transcurrir dos años desde la notificación de denuncia para que esta surta efectos. A la fecha de la redacción de esta investigación (febrero de 2018), todavía faltan 14 meses para saber qué pasará el 27 de abril de 2019.

66 Sobre todas las resoluciones, decisiones y recomendaciones adoptadas durante el 47.º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, *vid. O*EA Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario - Actas y Documentos Volumen I Cancún, Quintana Roo, México 19 - 21 de junio de 2017. Disponible en http://www.oas.org/es/council/AG/ResDec/ (acceso: 10/02/2018).

En el mismo sentido, la República de Cuba fue suspendida de la OEA a partir de una resolución de la Asamblea General del 31 de enero de 1962. El 3 de junio de 2009, un grupo de Estados de la organización decidió dejar sin efecto la resolución mediante la cual se había suspendido a la República de Cuba; de acuerdo al artículo 9, literal f) de la Carta de la OEA (1948). Sin embargo, esta resolución tendrá efecto únicamente en caso que Cuba decida voluntariamente regresar a la OEA para participar en todas sus actividades, y tener voz y voto en la adopción de resoluciones de la Asamblea General.

67 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 62, numeral 1.

68 Ecuador, particularmente, al momento de firmar su ratificación a la CADH, hace un reconocimiento expreso de la competencia de la CIDH y de la Corte IDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) (1969). Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador (acceso: 17/02/2018).

Por tanto, detrás de todos los instrumentos internacionales que califican como compromisos, está siempre una conducta estatal que implica tanto no irse en contra de sus propios actos, como una extensión de sus obligaciones ratificadas en tratados. Además, los Estados siempre van a estar involucrados en instrumentos de esta categoría, ya sea de manera directa –como pasa con las resoluciones de Asambleas Generales–; o indirecta –como pasa con las Opiniones Consultivas–.

3.1.3. Exhortatorio

Un claro ejemplo de un in strumento de esta categoría es la Declaración Americana de Derechos Humanos (en adelante, DADH). Este instrumento perteneció inicialmente a la categoría previamente descrita porque fue adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana[69] celebrada en 1948 y nunca tuvo la intención de ser un instrumento vinculante. Sin embargo, el 14 de julio de 1989, la Corte IDH a través de su Opinión Consultiva OC-10/89 dijo que "[l]a circunstancia de que la [DADH] no sea un tratado no lleva […] a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos"[70].

Asimismo, y para motivar su opinión, la Corte IDH hace un análisis de la influencia de la DADH en la historia del SIDH, recordando que, al momento de la formación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), la CADH no entraba en vigencia todavía. A la CIDH, se le otorgó entonces la facultad de velar por la observancia de los DD. HH. mientras se preparaba la redacción de la CADH; y los derechos que debían ser observados eran aquellos previstos en la DADH. Años más tarde, el Estatuto de la CIDH ratifica esta facultad en su artículo 1[71]. Por lo tanto, sobre la base de la OC-10/89 y al control de convencionalidad detrás de ella, la DADH es obligatoria para los Estados miembro de la OEA y no se la puede ver como una mera declaración de buenos propósitos carente de efectos jurídicos.

La DADH pertenece a esta categoría porque su contenido evidentemente no es normativo (y nunca tuvo el propósito de serlo), pero, en el SIDH, ella sí tiene efectos jurídicos vinculantes[72].

3.1.4. Libertad de acción

A diferencia de las categorías anteriores, esta no conlleva ninguna clase de compromiso o conducta esperada de los Estados. Los Principios de Yogyakarta son

69 Cfr. Rodríguez Rescia, Víctor. "El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". *Derecho y Realidad 22/2.º* semestre (2013); *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-10/89,* 14 de julio de 1989. Párrafo 34.

70 *Id., párrafo 47.*

71 *Cfr. Id., párrafos 38-47.*

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. C*aso Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, párrafo 45.

un tipo de instrumento internacional que se acopla a las características de esta categoría porque fueron redactados por un grupo de especialistas en derechos humanos, provenientes de 25 países, quienes se reunieron en la Universidad de Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en 2006[73] con el propósito de adoptar un grupo de principios a favor de la orientación sexual y la identidad de género.

Sin embargo, este tipo de normas pueden potencialmente tener eventual relevancia por su contenido que puede servir de base para la creación o modificación de otros instrumentos internacionales. Esto es justamente lo que ha pasado con los mencionados Principios de Yogyakarta que son mencionados por la Corte IDH en la OC-24/17[74] y en la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*[75] –ambos instrumentos dentro de la categoría de compromisos– lo que brinda un nivel de persuasión mucho más alto. Lo mismo ha pasado con las Normas de Turku, citadas en la sentencia del caso *Zambrano Vélez* vs. *Ecuador* de la Corte IDH[76].

A partir de estas categorías de instrumentos internacionales, se puede diferenciar las que se acoplan perfectamente al concepto de *soft law,* y son justamente aquellas que no son vinculantes en su forma, independientemente de su contenido; es decir, los compromisos y los instrumentos con libertad de acción. Es en este punto donde la idea de la fuerza persuasiva de las normas de soft law empieza a tener mucho más sentido porque, si bien el concepto es solo uno, hay distintos tipos de normas de *soft law* determinados, sobre todo, por quién las emitió. Es decir, un instrumento emitido por una organización intergubernamental que cuenta con facultad para hacerlo por la ratificación estatal; o un instrumento, como una resolución de la Asamblea General de la OEA, aprobado por Estados, va a tener una fuerza de persuasión mucho más fuerte y evidente que la que tiene un instrumento emitido por un grupo de reconocidos especialistas.

Ahora bien, habiendo analizado las diferentes clases de instrumentos internacionales, se puede inducir que ellos son en realidad "dos extremos en una línea de secuencia que va desde jurídicamente vinculante hasta libertad de acción"[77], y no completamente independientes –como se suele pensar–. Es decir, existe una especie de gradación de los instrumentos en donde, por ejemplo, una norma que estaba inicialmente en la categoría de compromiso se puede ir gradando hasta convertirse en un exhortatorio –como es el caso de la DADH–. O, asimismo,

---

73 Cfr. Principios de Yogyakarta (2006). Introducción a los Principios de Yogyakarta. Disponible en https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/ (acceso: 10/02/2018).

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17, 24* de noviembre de 2017. Párrafos 112, 129, 138, 148, 155, 196.

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque* vs. *Colombia.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de febrero de 2016, párrafo 110.

76 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez* vs. *Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2007, párrafo 51.

77 Traducción libre. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 4.

Sobre el concepto de gradación de instrumentos internacionales, *vid. Becerra Ramírez, Manuel. Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional. Óp. cit.*, p. 120; Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law…". *Óp. cit.*

Bajo el mismo razonamiento, el profesor Prosper Weil, autor del famoso artículo: *Towards Relative Normativity in International Law? asegura que "esta supuesta gradación puede convertirse en un fenómeno patológico que amenace la naturaleza positiva del derecho internacional". En: Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law… ". Óp. cit.,* p. 520.

una norma bajo la categoría de libertad de acción puede ayudar a complementar compromisos, en que las normas *per se* no se gradan (no se convierten en compromisos), pero sí su esencia –como en el caso de los Principios de Yogyakarta–. En consecuencia, el lugar que los instrumentos ocupan en la gradación determina y justifica su nivel de persuasión –para normas de *soft* law–, o su nivel de obligatoriedad –para normas vinculantes–.

Esta idea podría ser perjudicial para los Estados, sobre todo por la aparente carencia de seguridad jurídica que se puede generar. Ellos alegan que solamente existe un sistema binario de normas vinculantes y no vinculantes en razón de que tomaron decisiones consentidas y soberanas de adherirse o no a un instrumento[78]. Sin embargo, y como se verá más adelante, el mero hecho de ratificar un instrumento no es suficiente para el cumplimiento de las obligaciones internacionales porque, a pesar del distinto nivel de persuasión y de gradación en el que se encuentre, "parece que los instrumentos vinculantes y no vinculantes tienen esencialmente el mismo objetivo concreto de regular la conducta de los Estados en sus relaciones internacionales para dar un poco de estabilidad y hacer a la conducta estatal más predecible"[79]. En el campo del DIDH, lo que se espera principalmente de los Estados es respetar y garantizar los DD. HH.; por lo que, si los Estados adoptan una conducta respecto de un instrumento internacional no vinculante para cumplir con este objetivo específico, su comportamiento es absolutamente plausible.

4. *Compliance* como elemento clave de las normas de *soft law*

Antes de empezar a explicar la importancia del *compliance* dentro de las normas de *soft law*, y el papel que juegan tanto este elemento como su nivel de persuasión para que los Estados adopten ciertas conductas, es oportuno aclarar que la acepción del término compliance que se usará en esta investigación no tiene ningún tipo de relación con las políticas anticorrupción que suelen ser adoptadas dentro de las empresas[80]. Esta investigación ha tomado, como una de sus fuentes principales, los estudios de la profesora estadounidense Dinah Shelton. Ella hace alusión al término *compliance* en inglés, pero consideramos que su traducción al español alteraría su significado literal, razón por la cual hemos decidido mantener la esencia del mismo, conservándolo en su idioma original. Por tanto, *compliance*, en el DIP, se refiere a la práctica estatal y aplicación de un instrumento internacional[81].

Considerando que la noción de la práctica estatal es asociada usualmente a la formación de una costumbre internacional, se expondrán a continuación sus ele-

78 *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law…". *Óp. cit.*, pp. 320-321.
79 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 298.
80 Sobre *compliance y* la práctica de políticas anticorrupción en Ecuador, vid. Muriel Bedoya, Bernarda. *"Compliance:* su evolución y desafíos en Ecuador, ¿hacia dónde ir?" *USFQ Law Review* IV (2017), pp. 159-183.
81 *Cfr*. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. Cit.*; *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law…". *Óp. cit.*

mentos constitutivos, para después diferenciarlos respecto de las normas de *soft law* y entender el *compliance* que se puede generar sobre estas últimas.

Los dos requisitos básicos para la formación de una norma consuetudinaria son: (i) el elemento material o diuturnitas y; (ii) la opinio iuris sive necessitatis o elemento espiritual. Por un lado,

> [e]l elemento material, consistente en la repetición de actos, se puede manifestar de formas diversas, bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las organizaciones internacionales, etc[82].

Mientras que la *opinio iuris sive necessitatis* "es la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente"[83]. En consecuencia, para la formación de una norma consuetudinaria internacional, los Estados practican un instrumento con el convencimiento que se desarrolla sobre la obligatoriedad del mismo.

Lo interesante respecto de las normas de *soft law e*s que los Estados las practican, a pesar de su evidente falta de obligatoriedad, por el nivel de persuasión que existe en ellas. En consecuencia, los Estados practican una norma de *soft law* de buena fe atendiendo a la conducta que se espera de ellos, particularmente en el DIDH, que es actuar en función del principio *pro homine* de acuerdo a un compromiso unilateral hacia las personas que se encuentran en su jurisdicción.

Bajo el mismo razonamiento, si bien la práctica internacional es una sola, existe una diferencia importante entre la práctica que crea costumbre, y aquella que es producto de la fuerza persuasiva de las normas de soft law y de la buena fe estatal. En la primera, se espera una conducta similar de parte de los otros Estados de la comunidad internacional para empezar a desarrollar el proceso de surgimiento de una norma consuetudinaria –es decir, la gradación de la norma–; mientras que, en la segunda, la práctica es individual de cada Estado e independiente de las conductas ajenas[84].

Por otro lado, como se ha visto, la fuerza persuasiva que existe en un instrumento que es un compromiso, es indudablemente mucho más alta respecto de un instrumento que tiene libertad de acción. La razón radica en que los compromisos tienen detrás una obligación moral o política de acatarlos, sin importar la carencia de la fuerza vinculante; y por esto, el *compliance s*e puede dar con más facilidad respecto de ellos. En cuanto a los instrumentos con libertad de acción, sí se puede generar compliance en

82 Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*… *Óp. cit.,* pp. 108-109.
83 *Id.*, p. 109.
84 Como se mencionó en la sección § 2, cada Estado determina la forma cómo una norma entra al bloque.

la medida en que se los use como base para la creación o modificación de una norma con más fuerza persuasiva como, por ejemplo, un compromiso o una norma de *hard law.* No obstante, viendo a este tipo de instrumentos por sí solos –sin haber sido gradados–, si los Estados tienen libertad de acción, claramente no tienen la mirada de la comunidad internacional sobre ellos, por lo que prefieren no adoptarlos. En otras palabras, si no hay compromiso (o ratificación), no hay compliance.

4.1. Buena fe como consecuencia del *compliance*

Aunando la situación del cumplimiento de las normas de *soft law* a través del compliance, ha salido a la luz la idea de la buena fe detrás de los comportamientos estatales. Sin embargo, esta idea puede conllevar dificultades puesto que el principio pacta sunt servanda está reglado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[85], lo cual puede inducir a que este principio solamente sea aplicable al régimen convencional, y no al derivado de las nuevas manifestaciones de voluntad en el DIP, como son las normas de *soft law*.

Con el propósito de entender la influencia e importancia del principio pacta sunt servanda, hay que recurrir a sus inicios; es decir, el derecho interno de cada uno de los Estados.

> [C]onforme la sociedad humana evoluciona, con el resultado de que las relaciones sociales y comerciales se convierten en más frecuentes y más complicadas, la regla que requiere que los acuerdos sean ejecutados de buena fe, se vuelve cada vez más importante. Esta verdad fue afirmada por Platón, quien escribió que, en sus relaciones con extraños, los hombres deben tratar a un contrato como algo sagrado, mientras a Cicerón se lo ha atribuido la frase *pacta sunt servanda* citada desde entonces como un máximo legal fundamental[86].

Así, poco a poco, el principio de buena fe fue posicionándose en el derecho doméstico de cada Estado como consecuencia de la eminente necesidad de contar con una especie de certeza que atraviese todas las relaciones jurídicas; siendo ahora un principio fundamental del Derecho Privado. Volviendo la mirada hacia el DIP, la buena fe o *pacta sunt servanda* es una mera adecuación del derecho interno a escala internacional. Por lo tanto, existe la misma intención para los sujetos del DIP que para las partes de un contrato privado.

En este sentido, en el desarrollo del DIP, fue una medida comprensible tomar el principio *pacta sunt servanda* para el Derecho de los Tratados, sobre todo porque los Estados los ratificaban de manera voluntaria y soberana. No obstante, y como se ha venido afirmando, la Convención de Viena fue redactada bajo una mirada específica de la sociedad internacional y, en la actualidad, existen nuevas manifestaciones de la voluntad estatal las cuales, en el campo del DIDH, tienen el fin

85 *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículos 26 y 31.
86 Traducción libre. Whitton, John B. "The Sanctity of Treaties (*Pacta Sunt Servanda*)", *International Conciliation* (1935), p. 397.

de regular la conducta de los Estados y velar por los DD. HH. de las personas bajo su jurisdicción, por lo que pueden –y deben– ceñirse también al principio *pacta sunt servanda*[87]. Por consiguiente, la buena fe es evidente en los tratados internacionales y normas vinculantes; pero, en las normas de *soft law* como compromisos, ella se ve reflejada por el compliance de los Estados.

Particularmente, la jurisprudencia de la Corte IDH o sus Opiniones Consultivas, ambas vistas desde una perspectiva erga omnes son compromisos en donde el compliance, y su consecuente buena fe, se ven como una extensión de las obligaciones ratificadas por los Estados en la CADH. Los Estados, de buena fe, adoptan una Opinión Consultiva o toman como referencia una sentencia para implementarlas indirectamente en su legislación interna y garantizar adecuadamente, y acorde a la interpretación evolutiva de la CADH, los DD. HH. Todo esto, lo hacen mediante el control de convencionalidad como una forma de compliance e implementación (infra § 5.2).

4. Análisis de la aplicación de instrumentos internacionales en Ecuador

A partir de las ideas generadas hasta este punto, hay que tener clara la visión de las normas de *soft law* desde el DIDH y desde el derecho interno de cada Estado, particularmente, el del Ecuador.

Desde el punto de vista del DIDH, es claro que existen distintos tipos de instrumentos internacionales –que se pueden ir gradando–, y además, que los Estados practican normas no vinculantes sin necesidad de haberlas ratificado, atendiendo a los principios *pacta sunt servanda, pro homine* y no regresividad. La conducta que toman los Estados hace que, en el futuro, ellos no se puedan ir en contra de sus propios actos, por lo que, desde el DIP, si bien la norma de *soft law* no se convierte en *hard law* –a menos que exista el elemento de la *opinio iuris sive necessitatis* y se convierta en costumbre–, sí existe una conducta que los Estados no pueden desconocer. Asimismo, la eventual gradación le resta importancia a las ratificaciones, pues cualquier instrumento puede generar *complianc*e de un Estado como cumplimiento de sus obligaciones internacionales de acuerdo con el DIDH.

Ahora, atendiendo a la interrogante de qué consecuencias acarrea la aplicación de normas de *soft law* en el derecho interno[88], se deben analizar algunos aspectos. En primer lugar, que la aplicación de instrumentos de *soft law* está indiscutiblemente

87 Haciendo alusión al debate sobre de la viabilidad del principio *pacta sunt servanda;* en contraposición con la teoría establecida en esta investigación, la doctrina institucionalista italiana "[r]echaza el principio pacta sunt servanda como no susceptible de demostración o como un postulado, y […] nos dice que 'si este es jurídico, será necesario probar su juridicidad, ya que en otro caso no puede asumir el fundamento del ordenamiento jurídico". En: Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público… Óp. cit.,* p. 85. Respecto a este punto de vista, hay que aclarar que la forma predominante de justificar el *compliance* de los Estados de las normas de soft law es únicamente la buena fe. Si los Estados no tienen el peso de una norma vinculante que los puede hacer responsables internacionalmente, y a pesar de eso, cumplen la norma; esto lo hacen por buena fe.

88 Como se vio en la sección § 2, un tratado, a diferencia de los demás instrumentos internacionales, ingresa al ordenamiento jurídico ecuatoriano después de haber pasado un examen de compatibilidad con las normas internas realizado por la Corte Constitucional.

ligada a la idea de compliance y buena fe, ambos manifestados en una línea de gradación que justificaría, a su vez, los distintos niveles de persuasión de cada uno de tales instrumentos. Así, por no ser este un sistema binario que considere únicamente lo vinculante o no vinculante de una norma, existe gradación como consecuencia del compliance; y, se llega a la idea que existen distintas formas de aplicar instrumentos de soft law, es decir de implementarlos en el derecho interno.

La implementación de instrumentos significa que ellos estén expresados de manera directa en la legislación de un Estado[89]; a diferencia del compliance que, como se ha visto, es un concepto mucho más amplio y que no requiere la inclusión expresa de normas en el ordenamiento interno. Es decir, puede existir compliance sin implementación, pero no implementación sin compliance.

De acuerdo a lo analizado a lo largo de la investigación, en Ecuador, la implementación de normas de soft law se puede ver reflejada, por ejemplo, en: (i) el reconocimiento ejecutivo expreso de normas de *soft law*; (ii) el control de convencionalidad; o, (iii) el uso de normas de soft law como base para otras normas internas. A continuación, se analizará cada una de las formas de implementación a través de casos concretos.

5.1. Reconocimiento ejecutivo expreso de una norma de *soft law*

Un claro ejemplo del reconocimiento de una norma de *soft law* es el caso del Decreto Ejecutivo 1182 llamado "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967" y la consecuente demanda de inconstitucionalidad sobre el mismo. En la demanda, se considera que –además de otras disposiciones– "el artículo 8 del decreto 1182 contiene la definición de refugiado de la Convención sobre Refugiados de 1951, pero omite la definición dispuesta por la Declaración de Cartagena de 1984"[90]. La Corte, por su parte, considera expresamente a la Declaración como "un instrumento de carácter no vinculante para los Estados [pero que] contiene varias innovaciones, tales como una ampliación del término refugiada o refugiado"[91].

Por tanto, a pesar de ser indudablemente una norma de *soft law*[92], la Corte Cons-

89 *Cfr*. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 5.

90 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014, p. 24.*

91 *Id., p. 38.*

92 La Declaración de Cartagena fue adoptada en el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios; evento celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Fue un coloquio organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR), "al que asistieron representantes del ACNUR y del PNUD, expertos en derechos humanos de toda la América Latina y representantes de los Gobiernos de Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual (1993), capítulo V, literal B, numeral 2. Disponible en https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.Vc.htm (acceso: 15/02/2018).

titucional en ningún momento negó o desestimó la demanda de inconstitucionalidad por tener base en la Declaración de Cartagena. Decisivamente, la misma entidad afirmó que el Decreto 1182 será considerado constitucional en cuanto se agregue la ampliación de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena[93] al artículo 8 del decreto[94]; logrando así, un reconocimiento expreso del órgano ejecutivo sobre una norma de *soft law.*

5.2. Control de convencionalidad

Otra forma de implementación de normas de *soft law* en el ordenamiento ecuatoriano consiste en la doctrina del control de convencionalidad, misma que ha sido ya mencionada reiteradamente en la investigación, particularmente en cuanto a las competencias de la Corte IDH (supra § 3.1, literal b). Esta figura –particular de América Latina–, además de haber sido desarrollada por distintos pronunciamientos de la Corte IDH[95], ha sido "discutida e incorporada en varios sistemas jurídicos nacionales a través de decisiones de los más altos tribunales"[96], actividad conocida como control de convencionalidad difuso[97].

Existe, entonces, una "obligación a cargo de todas las autoridades de Estados parte [de la CADH] al interpretar cualquier norma jurídica nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, etc.) de conformidad con [este tratado] y en general, con el *corpus iuris interamericano"*[98].

Este es el caso, por ejemplo, de la *Sentencia 008-16-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana*[99], en la cual se declara que no existió una vulneración a los derechos de seguridad jurídica y debido proceso en el marco de una acción extraordinaria de protección. Para llegar a esta conclusión, la Corte hace un análisis, tanto de normas constitucionales como internacionales, dentro de las cuales se

93 *Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 002-14-SIN-CC… Óp. cit.*, p. 64.

94 El artículo 8 del Decreto Ejecutivo 1182, después de la sentencia de la Corte Constitucional, quedó de la siguiente manera (siendo el segundo inciso la ampliación de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984):

"Artículo 8.- Será reconocida como refugiada en Ecuador, toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público." Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 8. Registro Oficial 727 de 19 de junio de 2012.

95 *Cfr.* González Domínguez, Pablo, Reyes, Natalie, y Zúñiga, Marcela. *La Doctrina del Control de Convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales. S*antiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016, p. 8.

96 *Id.,* p. 9. Para más información de la labor judicial en el control de convencionalidad difuso, *vid.* Slaughter, Anne-Marie. "A Typology of Transjudicial Communication". *Univeristy of Richmond Law Review* 29 (1994), pp. 9-10; Gómez Pavajeau, Carlos Alberto, y López Iglesias, Rafael Antonio. "Integración e incorporación de las normas internacionales de *soft law* sobre derechos humanos a los sistemas penal y disciplinario en Colombia". Derecho Penal y Criminologia 37/103 (2016), p. 70.

97 *Cfr.* González Domínguez, Pablo, Reyes, Natalie y Zúñiga, Marcela. *La Doctrina del Control de Convencionalidad y su aplicación… Óp. cit.*, p. 8.

98 *Id.,* pp. 6-7. Sobre el desarrollo del control de convencionalidad y la interpretación de la CADH, *vid.,* Ruiz-Chiriboga, Oswaldo. "The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America". *Inter-American and European Human Rights Journal* 3 (2010), pp. 201-202; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid-Arellano et al v. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, parr. 124.

99 *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-16-SEP-CC.* Sentencia, 6 de enero de 2016.

menciona expresamente a la DADH como una de las pautas rectoras en la resolución del caso[100]. Esta mención es esencial para el tema en cuestión, pues implica que la Corte Constitucional, de hecho, ha realizado un control de convencionalidad difuso al aplicar el criterio de la *OC-10/89 de la Corte IDH*[101] (una norma de *soft law [supra* § 3.1, literal c]), en cuanto considera a la DADH como fuente de obligaciones internacionales para los Estados[102].

5.3. Normas de *soft law* como base de otras normas internas

Como se mencionó ya en la sección § 3.1, literal d), una forma de compliance de una norma de *soft law* que tiene libertad de acción es mediante el uso de los principios fundamentales de esta norma como base. Puede, por tanto, verse reflejado este tipo de instrumento en otro de una categoría distinta con un nivel de persuasión más alto; o directamente en la legislación nacional a través de una mención en una sentencia, por ejemplo. En Ecuador, un ejemplo claro de este tipo de implementación es la citación expresa de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en la Sentencia 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional, en que la Corte establece que

> [L]as sanciones impuestas a los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo forman parte de su derecho propio y de su identidad cultural y autodeterminación, por lo que deben ser interpretadas bajo la atenta mirada de la Constitución, los Convenios Internacionales de derechos humanos, así como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (énfasis añadido)[103].

Estas tres formas de implementación de instrumentos de *soft law* nos permiten, entonces, entender cuál es su relevancia jurídica, rol y nivel de persuasión dentro del sistema jurídico ecuatoriano, así como sus implicaciones para el compliance estatal en materia de DD. HH. No obstante, la implementación de una norma de soft law en Ecuador no implica que esta no se encuentre dentro del bloque de constitucionalidad. Bajo este razonamiento, y tomando como ejemplo la Sentencia 002-14-SIN-CC una vez más, se puede incluso considerar que el artículo 8 del Decreto 1182 no era verdaderamente inconstitucional porque las nociones de la Declaración ya se encontraban incluidas dentro del bloque independientemente. El rol de la sentencia fue, entonces, el de brindarle mayor legitimidad a la inclusión de tal norma y, por lo tanto, de los principios, sin perjudicar el hecho que ella ya tenía un rango constitucional.

100 *Id.,* p. 18.
101 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-10/89*, 14 de julio de 1989.
102 Es pertinente recalcar que el criterio aquí mencionado le da valor a la DADH en la medida en que la *OC-10/89* como norma de *soft law erga omnes,* se refiere a ella (criterio que se ha repetido a lo largo de toda esta investigación). Sin embargo, puede existir también interpretación que da valor jurídico de la DADH como costumbre regional.
103 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 113-14-SEP-CC,* Sentencia, 30 de julio de 2014, p. 35.

5. Conclusión

A lo largo de la presente investigación, se ha buscado explicar la relevancia del soft law como nueva forma de manifestar la voluntad de los Estados, independiente de las normas convencionales o hard law.

A partir del análisis realizado, se puede concluir que, en realidad, todos los instrumentos internacionales de DD. HH se encuentran incluidos en el bloque de constitucionalidad porque, en la medida en que se ejerza compliance sobre ellos, y todos sean más favorables al ser humano, no es necesaria la ratificación expresa de cada Estado sino una conducta producto del cumplimiento de los principios pacta sunt servanda, pro homine, y no regresividad de los derechos. Asimismo, todos los instrumentos internacionales más favorables al ser humano se encuentran comprendidos dentro del bloque por la gradación que existe sobre ellos que implica que no se trate de sistemas diferentes e independientes, sino de una línea de secuencia que tiene como extremos la obligatoriedad y no obligatoriedad. La gradación, entonces, se genera por el compliance, que eventualmente comprende implementación.

Se ha buscado presentar ciertos actos estatales que reflejan la implementación de normas de soft law, como el reconocimiento ejecutivo, el control de covencionalidad o su uso como base conceptual de otras normas internas. Todo esto nos ha llevado a concluir que aquellos actos, si bien serían mecanismos para brindarles mayor legitimidad a los instrumentos internacionales que se buscan incluir, no pueden ser vistos como manifestaciones constitutivas esenciales para que el soft law adquiera su relevancia jurídica; una vez más, el soft law –siempre que sea más favorable para la persona humana– ya se encuentra incluido en el bloque de constitucionalidad per se, pues esto es precisamente lo que busca la Constitución de 2008 a través de sus distintas cláusulas de remisión.

Un claro ejemplo de este razonamiento puede observarse dentro de la ya citada sentencia de la Corte Constitucional *002-14-SIN-CC*, en la que nunca se negó la influencia de la Declaración de Cartagena, principalmente por dos razones: (i) en la medida en que la Declaración es más favorable para las personas que buscan refugio en Ecuador, ella ya se encuentra comprendida en el bloque; y (ii) el instrumento empezó realmente como una norma con total libertad de acción para los Estados –por la forma en que fue redactada– que eventualmente fue ganando más fuerza persuasiva y ahora es una categoría distinta de instrumento; esta es precisamente la lógica de la gradación.

Por todo lo antedicho, se puede concluir que las normas de *soft law* tienen total relevancia jurídica en Ecuador, por lo que su exigibilidad y utilización es completamente justificada en el marco de la Constitución de la República de 2008.



AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.
T: 593-4-2300600 GUAYAQUIL - ECUADOR | EC090313

AV. NACIONES UNIDAS E20-30 Y NUÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN, OF. 1107.
T: 593-2-3959590 QUITO - ECUADOR | EC170507 | WWW.CPLAW.EC

MED-ARB, ARB-MED Y *ARB-MED-ARB* A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ANA ISABEL COBO ORDÓÑEZ
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: acoboo@estud.usfq.edu.ec

MARÍA PAULA MESÍAS VELA
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: mmesiasv@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen
Los mecanismos alternativos de solución de disputas (en adelante, MASC) surgen como respuesta a la necesidad de la sociedad por encontrar una vía alternativa a la justicia ordinaria para la resolución de sus controversias. En este sentido, con el fin de emplear las ventajas de la mediación y del arbitraje, algunas culturas jurídicas han desarrollado las figuras del *med-arb, el arb-med* y el *arb-med-arb*. El presente artículo busca analizar la posible implementación de estos mecanismos en Ecuador. Para tal fin, en primer lugar, se analizarán las figuras de la mediación y el arbitraje en la legislación ecuatoriana. En segundo lugar, a través de un análisis comparado, se identificarán las legislaciones que han contemplado dichos mecanismos alternativos. Finalmente, se determinará la posibilidad de utilizar estos métodos en el sistema procesal del Ecuador. Luego de realizar dichas precisiones, será posible concluir que la autonomía de la voluntad, principio rector de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), no siempre se garantiza cuando se trata de MASC.

Palabras clave
Med-arb, arb-med, arb-med-arb, mediación, arbitraje, MASC.

Med-arb, arb-med and arb-med-arb in light of Ecuadorian legislation

Abstract
Alternative Dispute Resolution (ADR) mechanisms arise in response to society's need to find means other than litigation for the resolution of their disputes. To harmonize the advantages of mediation and arbitration, some legal cultures have developed med-arb, arb-med and arb-med-arb. This article seeks to analyze the possible implementation of these mechanisms in Ecuador. For this purpose, the present article studies, in the first place, the figures of mediation and arbitration in the Ecuadorian legislation. In the second place, through a comparative analysis, it identifies the legislations that have contemplated such alternative mechanisms. Finally, the article determines the possibility of implementing these methods in Ecuador. After making these precisions, it will be possible to conclude that the principle of freedom of choice, contemplated in the LAM, is not always guaranteed when it comes to ADR.

Keywords
Med-arb, arb-med, arb-med-arb, mediation, arbitration, ADR.

1. Introducción

Han transcurrido aproximadamente veinte años desde la entrada en vigencia de la LAM[1]. Si bien su promulgación fue un gran avance para el reconocimiento de los MASC en Ecuador, como lo son el arbitraje y la mediación, llama la atención que esta ley se haya quedado en el pasado y no haya evolucionado de conformidad con las necesidades progresivas de las partes.

Precisamente, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son MASC que han surgido porque las partes, al ser dueñas de sus conflictos, han desarrollado procesos que se ajustan a sus intereses. El principio de autonomía de la voluntad ha permitido que las partes apliquen estos mecanismos en distintas tradiciones jurídicas. Sin embargo, en Ecuador, la LAM no reconoce estos mecanismos e, incluso, prohíbe de manera expresa a quien ha actuado como mediador, pasar a actuar como árbitro.

En el presente trabajo de investigación, se analizará el alcance de la mediación y el arbitraje en la legislación ecuatoriana con el fin de arribar a una definición del *med-arb*, el *arb-med* y del *arb-med-arb*, MASC que combinan las posibles ventajas y desventajas de la mediación y el arbitraje. Posteriormente, se hará un breve análisis comparado de cómo otras tradiciones jurídicas han implementado el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb*, y las consecuencias que aquello ha acarreado. Así, el fin último de este artículo será examinar la realidad de estos mecanismos a la luz de la legislación ecuatoriana.

2. Mediación y arbitraje en Ecuador

Una de las funciones primordiales de un Estado Constitucional de Derecho es garantizar la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos. Para tal efecto, cada país ha adoptado una forma para la resolución de conflictos, y la manera en que cada Estado facilita ese proceso varía en función de su cultura jurídica. El aumento de litigios y la acumulación de procesos lentos y costosos para el Estado y las partes hicieron necesaria la implementación de mecanismos alternos a la justicia ordinaria que garanticen la tutela de los derechos de los ciudadanos.

De manera general, los conflictos que se suscitan entre las partes y cuya solución no puede ser alcanzada a través de su propia voluntad se resuelven ante un tercero imparcial llamado juez. No obstante, existen MASC, que surgen como respuesta a la grave y real necesidad de la sociedad de encontrar otras herramientas que, de manera ágil y eficaz, permitan arribar a un acuerdo entre las partes sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. La conciliación, la negociación, la mediación y el arbitraje son algunos de ellos.

1 Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

En Ecuador, los MASC tienen una larga trayectoria jurídica. En 1963, se dictó la primera ley sobre la materia, la Ley de Arbitraje Comercial [2]. A pesar de que dicha Ley regulaba al sistema arbitral como un medio idóneo para la solución de conflictos comerciales, "no fue mayor el uso y aplicación de esa normativa por desconocimiento, falta de promoción, entre otras razones" [3]. En los años noventa, debido al amplio desarrollo internacional del arbitraje, surge la necesidad de desarrollar legislación sobre MASC en Ecuador. Así, en el año 1997, se promulga la LAM, misma que tiene como premisa fundamental privilegiar y garantizar los métodos alternativos de solución de controversias. En lo principal, la LAM regula al arbitraje, a la mediación y a la mediación comunitaria como métodos privados e idóneos para llegar a acuerdos satisfactorios entre las partes [4].

En 1998, tras la consulta popular propuesta por el entonces presidente, Fabián Alarcón, los ecuatorianos votaron favorablemente para adoptar una nueva Constitución Política que derogó la de 1979. Por primera vez en la historia republicana, la Carta Magna ecuatoriana consagró constitucionalmente a los MASC como una herramienta alternativa a la justicia ordinaria. Dentro de sus 284 artículos, el artículo 191 de dicho cuerpo señalaba: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos"[5]. Así, "normas de la más alta jerarquía de nuestro ordenamiento reconocieron al arbitraje y a otros métodos alternos a la justicia ordinaria como sistemas eficaces para componer conflictos de carácter jurídico"[6].

Diez años más tarde, tras la constituyente propuesta por el economista Rafael Correa, se adoptó la Constitución de Montecristi. En esta se consagró de manera similar el reconocimiento de los MASC[7] y establecieron dos distinciones con relación a la Constitución del 98. En primer lugar, restringió el ámbito de aplicación de los MASC a materias que, por su naturaleza, se puedan transigir[8] [9] ; y, en segundo lugar, positivó la necesidad de contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado en todos los casos en los cuales el Estado se someta a arbitraje[10].

Con el transcurso del tiempo, el reconocimiento de los MASC se ha ampliado. Así, tras la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009, se consagró al arbitraje, a la mediación y a otros MASC como una forma de servicio

2 Galindo, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio* II/4 (2001), p. 123.
3 *Ibíd.*
4 Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
5 Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 191, inciso 3. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
6 Neira, Edgar. "El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana". *Iuris Dictio* VII/11 (2007), p. 63.
7 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
8 Coincidimos con la posición de Juan Manuel Marchán con relación a que esta disposición no es novedosa puesto que el artículo 1 de la LAM ya establecía que el arbitraje procederá únicamente sobre las materias en las que se pueda transigir. Cfr. Marchán, Juan Manuel. "El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana". *Iuris Dictio* XII/14 (2011), p. 66.
9 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 191. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
10 Constitución de la República. *Eiusdem.*

público[11]. Posteriormente, en mayo de 2015, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), la regulación de los MASC alcanza un mayor desarrollo legislativo dentro del sistema procesal ecuatoriano[12].

En definitiva, los MASC se consagran en el ordenamiento jurídico del Ecuador con el afán de constituir mecanismos flexibles que se presentan como una opción válida para la resolución de controversias; permitiendo así, alcanzar decisiones óptimas apegadas a la voluntad e intereses de las partes, sin dejar de lado el derecho.

2.1. Conceptos de arbitraje y mediación

No existe una definición global para precisar el alcance de los MASC. Por lo mismo, resulta conveniente aproximarse al término haciendo un análisis de sus características. MASC es un término utilizado para referirse a mecanismos alternos a la jurisdicción estatal que tienen las siguientes características: (i) buscan resolver una diferencia entre dos o más partes; (ii) la materia en disputa, por lo general, se relaciona con derechos u obligaciones civiles; (iii) la disputa potencialmente puede ser llevada a una corte estatal; (iv) la controversia puede ser resuelta mediante un proceso más flexible; (v) el proceso es confidencial; (vi) el proceso involucra un tercer individuo independiente y neutral que añade objetividad a la controversia; y, (vii) son mecanismos que nacen de un acuerdo contractual[13]. Los MASC ofrecen distintas ventajas en cuanto a costos, rapidez, flexibilidad, confidencialidad y manejo del proceso por las partes[14].

De entre la variedad de MASC que existen en Ecuador, el arbitraje y la mediación quizá sean los más importantes o, al menos, los más practicados y utilizados por las partes para llegar a una solución fuera de la justicia ordinaria. Tal es así que existe una ley especializada con el afán de ampliar la regulación de ambos MASC en el ordenamiento jurídico, la LAM. Tanto el arbitraje como la mediación nacen cuando las partes, sobre la base de los principios de autonomía de voluntad y libertad contractual, acuerdan que sus controversias se resuelvan por dichos mecanismos.

2.2.1. Mediación

Se define como mediación al proceso voluntario mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, con la ayuda de un tercero neutral e imparcial, exploran las maneras de resolver sus diferencias para llegar a un acuerdo satisfactorio[15]. Este mecanismo se enfoca en la comunicación efectiva y en la habilidad negociadora de las partes. El mediador actúa únicamente como un facilitador que asiste a las

11 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 17. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

12 Sobre la regulación de los MASC en el COGEP, vid. Código Orgánico General de Procesos. Artículos 102, 106, 153, 363. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

13 *Cfr.* Blake, Susan; Browne, Julie y Sime, Stuart. *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*. Oxford:: Oxford University Press, 2016, p. 6.

14 *Id.*, p. 7.

15 Cfr. Hyde, Laurance. "Mediation". *Juvenile & Family Court Journal* 35/57 (1984), p. 57.

partes para que negocien de manera eficiente y para que fortalezcan sus habilidades para alcanzar una solución[16]. Como lo expresa Gozaíni, "el mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y la resuelvan por sí mism[o]s"[17]. En otras palabras, son las partes las que solucionan sus controversias con la asistencia de un tercero, quien se encarga de crear una atmósfera en la que los involucrados se sientan libres para discutir abiertamente sobre la disputa[18]. La LAM define a la mediación como "un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto"[19]. La ley en cuestión agrega que se podrá solicitar mediación a los centros autorizados o a mediadores independientes[20] y que podrán someterse a dicho procedimiento personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, siempre que sean legalmente capaces para transigir[21].

En Ecuador, la mediación se reconoce legalmente a partir de la entrada en vigencia de la LAM. Desde entonces, la práctica de la mediación se ha incrementado sustancialmente. Las estadísticas del Consejo de la Judicatura revelan que el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial atendió 57.155 casos de mediación[22] de enero a diciembre de 2017. Esto sin contabilizar otros Centros de Mediación que cuentan con mediadores independientes.

2.1.2. Arbitraje

Platón escribió que "los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento"[23]. A través de dicha afirmación, se evidencia que el arbitraje es, esencialmente, una manifestación de la autonomía de voluntad de las partes.

Se define al arbitraje como un proceso para la resolución de disputas en el que un tercero neutral toma una decisión final y vinculante para las partes[24]. En un

16 Cfr. Goss, Joanne. "An Introduction to Alternative Dispute Resolution". *Alberta Law Review*, 34/1 (1995), p. 5.

17 Gozaíni, Alfredo. *Mediación y conciliación: Análisis exegético de la Ley 24.573 y normas reglamentarias, 2003.* http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/gozaini-mediacion-1.pdf (acceso: 07/01/2018).

18 Por esta razón, la mediación tiende a fallar cuando las expectativas de las partes son poco realistas y excesivamente optimistas sobre las fortalezas de su posición, *cfr.* Blake, Susan; Browne, Julie y Sime, Stuart. *A Practical Approach. Óp. cit.*, p. 30.

19 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 43. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

20 Para actuar como mediador independiente deberá contarse con la autorización escrita de un Centro de Mediación, misma que se fundará en los cursos académicos y pasantías del aspirante a mediador. *Cfr.* Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 48. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

21 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 44. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

22 Consejo de la Judicatura. *Datos estadísticos gestión Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial*, 2017. http://www.funcionjudicial.gob.ec/mediacion/index.php/2015-04-13-21-21-55/datos-estadisticos#acuerdos-logrados-en-2014-2015-2016-2017 (acceso: 10/01/18).

23 Romero, Seguel. "Nociones generales sobre la justicia arbitral". *Revista Chilena de Derecho* 26/2 (1999), p. 405.

24 *Cfr.* Baruch, Robert. "Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice". *Wisconsin Law Review* 893 (1984), pp. 986-987.

intento por precisar su naturaleza jurídica, Jarroson considera al arbitraje "una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos"[25]. Dicho tercero es un árbitro, un juez privado escogido y designado por las partes que desean resolver la controversia[26]. En definitiva, debe entenderse al arbitraje como un mecanismo mediante el cual una tercera parte ajena a la controversia, pero escogida por las partes, adopta una decisión vinculante sobre la base de una facultad que le ha sido otorgado mediante la cláusula arbitral.

En Ecuador, la LAM considera al arbitraje como un método de solución de controversias "al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias"[27]. Pueden acudir a arbitraje las personas naturales o jurídicas y, las entidades públicas, con dictamen previo procurador general del Estado.

2.2. Diferencias entre la mediación y el arbitraje

Cuando los MASC empezaron a desarrollarse, los términos arbitraje y mediación se utilizaban indistintamente. *The Oxford English Dictionary*, por ejemplo, definía al arbitraje en los siguientes términos: "*to act as formal* ***arbitrator*** *or umpire, to* ***mediate*** *in a dispute between contending parties*"[28] (énfasis añadido). A través de los años, dicha confusión ha sido superada. Por lo que ahora no es novedad afirmar que la mediación y el arbitraje son distintos procesos con distintas finalidades.

A simple vista, la mediación y el arbitraje podrían considerarse métodos equivalentes[29] si se considera que ambos son una vía alterna a la justicia ordinaria. No obstante, existen importantes diferencias entre ambos. Tal como afirma Meyer, la mediación y el arbitraje son como el día y la noche; mientras la mediación implica ayudar a las partes a que tomen una decisión por ellas mismas, el arbitraje implica ayudar a las partes tomando una decisión por ellas[30].

2.2.1. Autocomposición *vs.* heterocomposición

La principal distinción entre la mediación y el arbitraje reside en la clasificación establecida por Carlenutti entre métodos autocompositivos y heterocompositivos. Los

25 Jarrosson, Charles. *La Notion D´Arbitrage.* Tesis doctoral. Universidad Droit Privé, París, 1987, p. 281. En González de Cossío, Francisco. "Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: Homenaje a Don Raúl Medina Mora". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8 (2008), p. 3.

26 *Cfr.* Clay, Thomas. *L' Arbitre*. Dalloz: Nouvelle Biblitheque de Theses, 2001, p.18. En González de Cossío, Francisco. "Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje". *Óp. cit.*, p. 3.

27 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 1. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

28 *The Oxford English Dictionary*. En Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation-Explaining the Differences". *Chicago Bar Record* 69 (1986), p. 263.

29 Baruch, Robert. "Dispute Resolution". *Óp. cit.*, p. 987.

30 *Cfr.* Meyer, Arthur. "Function of the Mediator in Collective Bargaining". *Industrial and Labor Relations Review* XIII/159 (1960), p. 164.

primeros, entendidos como aquellos en los que la solución viene dada por la voluntad de ambas partes; y, los segundos, aquellos en los que la solución del litigio proviene de un tercero neutral ajeno al problema, quien resuelve de forma vinculante[31].

Por un lado, en la mediación las partes arriban a un acuerdo por ellas mismas. Si bien el mediador asiste en el desarrollo de soluciones, no controla el proceso ni impone una decisión a las partes, pues su rol es persuadirlas a enfocarse en sus intereses reales, más allá de lo que conciben como su derecho contractual o legal[32]. Por otro lado, en el arbitraje, el árbitro escucha las posiciones de las partes quienes presentan evidencias y pruebas para respaldar sus argumentos. Tras este proceso, el árbitro emite un laudo vinculante. Por lo general, todo pronunciamiento del árbitro se entiende como regla.

2.2.2. Relación entre el tercero y las partes

Debido a que la mediación es autocompositiva, las partes son las protagonistas del proceso; el rol del mediador, por lo general, se limita a facilitar el diálogo. Por el contrario, en el arbitraje, el tercero no abre un espacio para que las partes dialoguen entre ellas, simplemente guía el proceso y escucha los argumentos y evidencias. Además, en la mediación, las partes pueden tener reuniones privadas, *ex parte* o *caucus* con el mediador, situación que está prohibida en el arbitraje e incluso podría ocasionar la nulidad del laudo[33].

2.2.3. Objetivos que persiguen las partes

Por lo general, en la mediación, las partes buscan alcanzar un acuerdo satisfactorio para ambas, sin sobreponer sus intereses por encima de los de su contraparte; de esta manera, buscan mantener una buena relación entre ellas para el futuro. Sin embargo, en el arbitraje, los intereses de las partes suelen ser más individualistas y cada lado busca que se emita un laudo que no beneficie a su oponente[34]. El arbitraje es adecuado cuando (i) hay baja probabilidad de alcanzar una solución a través de negociación entre las partes y (ii) no es preocupación de las partes mantener una relación amistosa entre ellas en un futuro[35].

2.2.4. Mediadores vs. árbitros

Es evidente que quien está capacitado para ser mediador no necesariamente tiene la habilidad para ser árbitro y viceversa. La mediación, por lo general, es un pro-

31 *Cfr.* Vado, Luis. *Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*, 2002. https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf (acceso: 21/01/18).

32 Redfern, Alan; Hunter, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Tercera ed. Nueva York: Oxford University Press, 1999, p. 31.

33 *Cfr.* Elliot, David. "Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity". *Alberta Law Review* 34/163, p. 166.

34 *Ibid.*

35 Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation". *Óp. cit.*, p. 264.

ceso informal en el que el mediador es activo a la hora de obtener información de las partes, controlar el diálogo y sugerir soluciones. Además de la lógica y el pensamiento racional, el papel del mediador implica intuición, reacciones instintivas, habilidades interpersonales y la capacidad de percibir señales psicológicas y conductuales de las partes[36]. Ahora bien, el arbitraje es un procedimiento con más formalismos en el que el árbitro controla la audiencia, acepta las evidencias, escucha a los testigos y a los argumentos de las partes[37]. Por lo general, el árbitro es un tercero pasivo que emite una decisión final.

Las distinciones que existen entre ser mediador y árbitro responden a un distinto proceso mental. Cooley, en su artículo "Arbitration vs. Mediation: Explaining The Differences" realiza una interesante distinción entre la mediación y el arbitraje en función del proceso mental interno del mediador o del árbitro. Así, en el arbitraje, el tercero emplea principalmente el hemisferio izquierdo del cerebro o procesos mentales racionales, analíticos, lógicos, técnicos. Por el contrario, en la mediación, el tercero emplea el hemisferio derecho o procesos mentales creativos, intuitivos, artísticos, holísticos, emocionales[38].

En definitiva, es evidente que la mediación y el arbitraje guardan importantes diferencias. A la hora de elegir a qué procesos acudir, las partes deben tomar en consideración la naturaleza de la disputa, sus intereses y las ventajas o desventajas que la mediación y el arbitraje pueden ofrecer. Por ejemplo, el arbitraje puede ser beneficioso cuando la disputa involucra materias que requieren de mayor tecnicismo, cuando el conflicto es más escalado y cuando hay poco interés de las partes en mantener sus relaciones. Por el contrario, la mediación puede resultar beneficiosa cuando las partes son más sensibles, tienen mucho que ganar si sus relaciones personales se mantienen y quieren resolver de manera más amigable sus conflictos.

3. *Med-arb*, *arb-med* y *arb-med-arb:* aproximación a su definición y características

El *med-arb* es un MASC que, por definición, tiene dos etapas: la mediación y el arbitraje[39]. Existen variaciones del *med-arb*; entre las más importantes, el *med-arb diff*[40] y el *med-arb same*. En el primero, las dos etapas son conducidas por distintas personas[41] mientras que en el segundo interviene un tercero que actúa

36 *Id*. p. 263.
37 *Cfr.* Bartel, Barry. "Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential". *Willamette Law Review* 27/661 (1991), p. 664.
38 Cooley, John. "Arbitration vs. Mediation". *Óp. cit*., p. 263.
39 *Cfr.* Ross, William y, Conlon, Donald. "Hybrid Forms of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration". *The Academy of Management Review* XXV/2 (2000), p. 417.
40 Sobre el *med-arb diff* como una variación del *med-arb*, *vid.* Sherry, Landry. "Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model". *Defense Counsel Journal* 63/263 (1996), p. 267.
41 *Cfr.* Pappas, Brian. "Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution". *Harvard Negotiation Law Review* XX/157 (2015), p. 159.

tanto de mediador como de árbitro[42]. El *med-arb same*, es el modelo que mayor controversia ha generado en la actualidad; por tal razón, es motivo de análisis del presente artículo. Así, en el *med-arb same,* existen dos fases: en la primera etapa, las partes por sí mismas, pero con la ayuda de un tercero, buscan llegar a un acuerdo para resolver la controversia; y, en caso de no hacerlo, se activa de manera inmediata la segunda etapa. En esta, el *med-arbiter*[43] asume facultades de árbitro y pone fin al conflicto a través de su decisión[44].

Por otro lado, el *arb-med*, es un MASC en el cual la mediación por definición es intraproceso, es decir, puede ocurrir después de la primera audiencia y hasta antes que el tribunal arbitral emita su laudo[45]. Los miembros del tribunal arbitral serán los encargados de llevar a cabo la mediación que puede ser solicitada a petición de parte o de oficio. Los *med-arbiters* son los responsables de consultar a las partes si desean o no someterse a mediación, en caso de ser afirmativa la respuesta, aquellos se convierten en mediadores y asisten a las partes a solucionar su conflicto mediante la suscripción del acta de mediación[46]. Una derivación del *arb-med*, que algunas legislaciones han implementado es el *arb-med-arb*. En este caso, de no llegar a ningún acuerdo en mediación, el arbitraje se reinstala y el tribunal emite un laudo[47].

3.1. *Med-arb, arb-med* y el *arb-med-arb* en Ecuador

A diferencia de lo que ha ocurrido en distintas tradiciones jurídicas, en Ecuador, ni el *med-arb* ni el *arb-med* ni el *arb-med-arb*, son figuras reconocidas por el ordenamiento. En cuanto al *med-arb*, a pesar que no existe una referencia expresa a este mecanismo en nuestra legislación, la LAM prohíbe que la institución opere. Ello en virtud que el artículo 49 de dicho cuerpo normativo recoge que "quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes"[48].

Por otro lado, en cuanto al *arb-med*, al no existir una prohibición expresa para su funcionamiento, las partes, amparadas en el principio de autonomía de la voluntad, podrían pactar este mecanismo. En dicho caso, la cláusula debería autorizar al árbitro a ejercer facultades de mediador para emitir el acta de mediación que ponga fin a la controversia. Así, este procedimiento se iniciaría como un arbitraje en el cual el árbitro pasa a resolver la controversia en la etapa de mediación.

42 *Cfr.* Baril, Mark y Dickey, Donald. "Med-Arb: The Best of Both World o Just A Limited ADR Option?" *American bar association* XIX/3 (2014), p. 3.

43 Término que se utilizará en el presente artículo para definir al tercero que interviene tanto en la etapa de mediación como en un posible arbitraje.

44 *Cfr.* Kwon, Hyung. "Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs". *Concordia Law Review* II/44 (2017), p. 58.

45 *Cfr.* Raymond, Leung. "Arb-Med in China and its Application to the Insurance Industry". *Asian Dispute Review* 2012/4 (2012), p. 109.

46 *Cfr.* Ludington, Carol. "Med-Arb: If the parties agree". *Arbitration Law* V/313 (2017), p. 314.

47 *Cfr.* Lang, Georgialee. "Family Law Med/Arb: The Best of Both Worlds?". *The Advocate* 71/ 839 (2013), p. 842.

48 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 49. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ahora bien, ¿qué ocurriría si es que las partes no alcanzan una solución en la etapa de mediación?, ¿podría el *med-arbiter* retornar a su rol como árbitro? En Ecuador, por la prohibición antes mencionada del artículo 49 de la LAM, no se podría pactar *arb-med-arb*. En este procedimiento, si es que las partes no alcanzan un acuerdo en la fase de mediación, el tercero retoma su rol como árbitro para emitir un laudo vinculante; lo cual en Ecuador resultaría inaplicable.

3.2. Legislación comparada

A pesar de que, en Ecuador, no existe una regulación respecto de los mecanismos *med-arb* y *arb-med*, distintas tradiciones jurídicas sí contemplan a dichas figuras como parte de su normativa. Más allá de las críticas que puedan realizarse, el reconocimiento de dichos mecanismos implica garantizar la autonomía de la voluntad. Por lo mismo, es relevante tomar en cuenta cómo distintos países han desarrollado el *med-arb* y el *arb-med*.

3.2.1. Estados Unidos: protección de la confidencialidad

En 1970, el árbitro Sam Kagel utilizó por primera vez el *med-arb* como MASC. Él consideró como su obligación asistir a las partes como mediador para que estas resuelvan la mayor cantidad de divergencias en mediación y, posteriormente, las disputas sin resolver se llevarían a arbitrar[49]. Posteriormente, la Corte de Ohio, en el caso Bowden c. Wickert[50] estableció la importancia del *med-arb* como un MASC. Además, señaló que, para que este mecanismo funcione, debe existir: (i) evidencia de que las partes otorgaron al mediador las facultades del árbitro; (ii) una estipulación escrita sobre arbitrar todo aquello que no se llegó a un acuerdo en mediación; y, (iii) un acuerdo sobre la renuncia de confidencialidad en el proceso de mediación en caso que la disputa se resuelva mediante arbitraje[51].

Asimismo, en el caso U.S Stell Miningin Company c. Wilson Down-hole Services, la Corte del Distrito de Pensilvania reconoció la importancia del consentimiento de las partes para otorgar al mediador las facultades de árbitro. Además, estas acordaron que el árbitro podría utilizar toda la información obtenida durante la mediación para tomar una decisión final; es decir, solo a través del acuerdo de las partes se puede eludir la confidencialidad de la mediación[52]. El desarrollo jurisprudencial de los Estados Unidos es una piedra angular en el reconocimiento del *med-arb* y el *arb-med* [53] y su aporte principal, como se ha demostrado, es la protección de la confidencialidad.

49 *Id.*, p.839.

50 Corte de Ohio. *Bowden v. Weickert*. Sentencia, 3 de febrero de 2006. En Pappas, Brian. "Med-Arb and the Legalization". *Óp. cit.*, p. 174.

51 *Ibíd*.

52 Corte del Distrito de Pensilvania. *U.S. Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services*. Sentencia, 5 de octubre de 2006.

53 Sobre el desarrollo jurisprudencial del *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb*, *vid. IBM c. Fujtisu; Conoco Inc. c. Browining Ferris Industries*; y, *Federal Deposit Insurance Corporation & Chery c. Bekart and Holland*. En Elliot, David. "Med/Arb". *Óp. cit.,* p. 166.

3.2.2. CHINA: IMPULSO A LA INSTITUCIÓN DEL *ARB-MED*

Confucio, reconocido pensador chino, promovió la solución pacífica de controversias desde tiempos inmemorables[54]. Por esta razón, la mediación fue utilizada como mecanismo principal para solucionar las disputas en China desde aquellas épocas. Ahora bien, aquella tendía a fallar porque dependía de la sola voluntad de las partes por lo que se empezó a utilizar el *arb-med* [55].

En 1995, con la aprobación de la Ley de Arbitraje, se reconoce la institución del *arb-med-arb* en China[56]. El artículo 51 de esta Ley prescribe la obligación del tribunal arbitral de buscar un acuerdo conciliatorio antes de dictar un laudo[57]. Tras la aprobación de las Reglas CIETAC, se reconoció al *arb-med* en los siguientes términos: "Cuando ambas partes desean mediar, o cuando un parte desea mediar y el tribunal arbitral ha obtenido el consentimiento de la otra parte, el tribunal arbitral puede mediar en el curso del procedimiento arbitral"[58]. Por lo tanto, podemos inferir que, en China, los árbitros deben actuar como mediadores[59]. En este país se promueve el uso del *arb-med* como mecanismo idóneo para resolver disputas de carácter comercial internacional[60].

3.2.3 . AUSTRALIA: SOLUCIONES FRENTE A LAS DESVENTAJAS DEL *MED-ARB* Y EL *ARB-MED-ARB*

La Ley de Arbitraje Comercial de Australia, aprobada en el año 2011, contiene importantes propuestas para mitigar los riesgos que pueden surgir de un proceso *med-arb* y *arb-med-arb*. La sección 27D contiene algunas soluciones, entre ellas: (i) que las partes puedan acordar que la mediación sea conducida sin reuniones *ex parte*; (ii) que las partes tengan la oportunidad para optar por no participar del acuerdo si tienen dudas sobre la parcialidad del árbitro; (iii) que las partes puedan solicitar, en cualquier momento, que el *med-arbiter* deje de resolver la controversia; y, (iv) que las partes deban dar su consentimiento en tres momentos: (a) al momento de celebrar la cláusula; (b) al momento que el *med-arbiter* actúe como mediador en *caucus* separados y, (c) al momento en el que el tercero procede a arbitrar[61].

---

54 *Cfr.* Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Kun, Fam. "Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China". *Journal of International Arbitration* 25/4 (2008), p. 480.

55 Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb in China". *University of Pennsylvania Journal of Business Law* XVII/4 (2015), p. 1296.

56 *Cfr.* Harpole, Sally. "The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China". *Journal International Arbitration* XXIV/623 (2007), p. 24. En Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb". *Óp. cit.*, p. 1295.

57 Ley de Arbitraje (China). Artículo 51. 31 de agosto de 1994.

58 Reglas del CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission). Artículo 45. 3 de febrero de 2012.

59 Raymond, Leung. "Arb-Med in China". *Óp. cit.*, p. 110.

60 *Cfr.* Cheng, Tai- Heng y Kohtio, Anthony. "The Limits to Apply Chinese Med-Arb Internationally". *New York Dispute Resolution Lawyer* II/1 (2009), p. 95.

61 Commercial Arbitration Act. Section 27D. 1 de julio de 2017.

3.2.4. Canadá: institucionalización del *med-arb* y el *arb-med-arb*

En 1960, el juez Alan Gold de la Corte Superior de Quebec, introdujo el *med-arb* como MASC en la disputa sobre el río St. Lawrence[62]. Posteriormente, en 1970, el *med-arb* fue utilizado para resolver controversias relacionadas con la construcción y el trabajo. Finalmente, en 1990, el *med-arb* se institucionalizó y fue utilizado por la industria para resolver conflictos en diversos campos: la enfermería, la publicidad, la educación, el comercio entre otros[63].

3.2.5. Hong Kong

En 2011, el *med-arb* fue reconocido como MASC en la Ley de Arbitraje Ordinario[64]. Dicha Ley permite al mediador dentro de un proceso actuar tanto de mediador como de árbitro. Además, este país reconoce el *arb-med* en la sección 33 de esta misma Ley, este procedimiento tiene como piedra angular el consentimiento de las partes para poder activar la vía de mediación[65].

3.3. Ventajas y desventajas de los mecanismos *med-arb*, *arb-med* y *arb-med-arb*

Cada MASC tiene potenciales ventajas y desventajas. Las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, aceptan los beneficios y perjuicios de un modelo cuando lo escogen para solucionar sus controversias. Tanto el *med-arb,* el *arb-med* y el *arb-med-arb* surgen con el afán de unificar las ventajas de la mediación y el arbitraje; sin embargo, aquella fusión acarrea también una serie de críticas. Así, al pactar *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb* las partes deben estar conscientes de las posibles ventajas o desventajas que pudieren presentarse.

3.3.1. Ventajas

De manera general, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* tienen ciertas ventajas sobre los tradicionales MASC. En primer lugar, se pueden aplicar los beneficios tanto de la mediación como del arbitraje[66]; en segundo lugar, es menos costoso para las partes[67]; y, por último, las partes tienen la certeza que llegarán a una decisión final[68].

62 Lang, Georgialee. "Family Law MED/ARB". *Óp. cit.*, p. 839.

63 *Id.*, p. 840.

64 *Cfr.* Srikant, Deekshitha y Arka, Saha. "Amalgamating The Conciliatory And The Adjudicative: Hybrid Processes And Asian Arbitral Institutions". *Indian Journal of Arbitration Law* III/1 (2014), p. 78.

65 *Id.,* p. 79.

66 *Id.*, p. 87.

67 *Cfr.* Gregory, David. "The Internationalization of Employment Dispute Mediation". *New York International Law Review* II/28 (2001), p. 28. En Weisman, Martin. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Dispute Resolution Magazine* XIX/3 (2013), p. 40.

68 *Cfr.* Kwon, Hyung. "Med-Arb Adoption in Securities Law Disputes: Advantages and Costs". *Concordia Law Review* II/44 (2017), p.67.

3.3.1.1. Aplicación de los beneficios de la mediación y el arbitraje

El *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son mecanismos que, por lo general, se pactan con el afán de armonizar las ventajas de la mediación y el arbitraje. En primer lugar, una ventaja que surge de dicha fusión es la inmediación. El principio de inmediación se encuentra reconocido en los artículos 75 y 169 de la Constitución del Ecuador[69]. En palabras de Fernández, el principio de inmediación es aquel que ordena que "el tribunal del juicio perciba a través de sus propios sentidos, de forma directa, sin intermediarios, la información que proviene de la fuente directa donde está registrada"[70]. En tal sentido, la Corte Constitucional ha determinado que, "a través de la inmediación, se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso, desde su inicio hasta su conclusión"[71].

Ahora, el *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* reconocen este principio y, de hecho, lo fortalecen ya que el tercero imparcial actuará como mediador y árbitro en las dos etapas. La cercanía que tiene el *med-arbiter* con las partes le permitirá resolver de mejor manera, en caso de tener que actuar como árbitro. El *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* son instituciones donde se refleja el principio de inmediación puesto que las partes han depositado su confianza en el *med-arbiter* que les acompañará durante todo el proceso[72].

Asimismo, la unión del arbitraje y la mediación genera mayor flexibilidad del procedimiento. En palabras de Caivano, "una de las ventajas del arbitraje es su flexibilidad. En principio, las partes pueden convenir todos los aspectos del sistema y adaptarlo a las necesidades del caso"[73]. Asimismo, "aunque la mediación posee una estructura a la que se le atribuyen distintas etapas y reglas mínimas, esto no debe interpretarse como un procedimiento estructurado sino flexible"[74]. Tanto el arbitraje como la mediación permiten que el proceso se ajuste a las necesidades de las partes. Por ejemplo, una gran ventaja del *arb-med* y del *arb-med-arb*, es la posibilidad de interrumpir el proceso arbitral en cualquier momento para que las partes medien[75].

---

69 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 76 y 169. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

70 Fernández, Mauricio. "El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción". Revista del Instituto de la Judicatura Federal (2014), p. 69.

71 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 1221-14-EP*. Sentencia 005-16-SEP-CC.

72 Cheng, Tai- Heng y Kohtio, Anthony. "The limits to Apply". *Óp. cit.*, p. 96.

73 Caivano, Roque. *El arbitraje: nociones introductorias.* http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf (acceso: 18/01/18).

74 Villaluenga, Leticia. *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.* https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediación.pdf (acceso: 04/02/18).

75 Liu, Chuyang. "Navigating Med-Arb". *Óp. cit.*, p. 1302.

3.3.1.2. Economía procesal

Combinar la mediación y el arbitraje en un solo proceso puede ser más económico para las partes, en tiempo y en dinero, que llevarlos de manera separada por dos razones fundamentales. La primera, si las partes no llegan a un acuerdo en mediación, no tendrán que contratar ni esperar la designación del otro tercero neutral para que tome una decisión final y vinculante respeto a su caso, puesto que el mismo *med-arbiter* intervendrán en la fase de arbitraje. La segunda, hay ciertos problemas que ya se solucionan en mediación por lo que la disputa versa sobre los asuntos que no han alcanzado una solución[76].

3.3.1.3. Seguridad de llegar a una decisión final

En palabras de Brewer y Millis, "la principal ventaja del *med-arb* y del *arb-med-arb* es la certidumbre de poner fin al conflicto"[77]. Esta característica es tomada del arbitraje ya que el árbitro tiene la facultad de tomar una decisión final y vinculante; cosa que no ocurre en la mediación puesto que son las partes las únicas que pueden poner fin al conflicto[78]. Los procedimientos de *med-arb* y *arb-med-arb* gozan de este beneficio, puesto que, en caso de no llegar a una decisión final en la etapa de mediación, el *med-arbiter* se reviste de facultades de árbitro y dicta un laudo final, situación que no ocurre en el *arb-med*, puesto que el mediador no tiene la potestad de adoptar una decisión final y vinculante.

3.3.2. Desventajas

Existen ciertas preocupaciones respecto del *med-arb*, el *arb-med* y el *arb-med-arb* que han ocasionado su falta de reconocimiento en la mayoría de legislaciones. A pesar de las ventajas mencionadas se critica a estos procedimientos, en virtud distintas razones, siendo las principales: (i) la dificultad que un tercero pueda asumir el rol de *med-arbiter*; (ii) la dificultad de garantizar la imparcialidad del proceso; y, (iii) la consideración del *med-arb* y del *arb-med-arb* como un obstáculo a la confidencialidad.

3.3.2.1. ¿Puede un tercero reunir las características de un mediador y de un árbitro?

Una de las ventajas comparativas de la mediación y del arbitraje frente a la justicia ordinaria es la posibilidad que tienen las partes de escoger, sobre la base de la autonomía de la voluntad, quién actuará como tercero imparcial al resolver sus disputas. Ahora bien, tratándose de un mecanismo de *med-arb*, *arb-med* o

76 *Cfr.* Blankeshin, John. "Developing your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR." *Tennessee Bar Journal* (2006), p. 34.

77 *Cfr.* Brewer Thomas y Lawrence, Millis. "Combining Mediation and Arbitration". *Dispute. Resolution Journal* 54/4 (1999), p.34.

78 Baril, Mark y Dickey, Donald. "Med-Arb: The Best of Both". *Óp. cit.*, p. 4.

arb-med-arb dicha elección resulta considerablemente más compleja e incluso es más probable que dicho tercero no satisfaga las expectativas de las partes pese a su experticia y habilidad.

En un procedimiento de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb*, el *med-arbiter* debe reunir las virtudes que posee tanto un mediador como un árbitro; es decir, debe ser un facilitador de diálogo y, en caso de no solucionar la disputa por ese medio, pasar a ser quien resuelva la controversia de acuerdo a su percepción del caso. Por esta razón, la Sociedad de Profesionales en Disolución de Disputas señaló que el uso de más de una forma de resolución de disputas con la intervención de solo un tercero, involucra responsabilidades adicionales; es decir, el individuo seleccionado debe estar capacitado para actuar como mediador y como árbitro y debe considerar los riesgos que implica actuar en un proceso de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb* [79].

3.3.2.2 . ¿Puede el mediador mantenerse imparcial?

La imparcialidad del tercero es un requisito *sine qua non* de la mediación y el arbitraje[80]. Su importancia es de tal magnitud que ha alcanzado una protección global e incluso se ha recogido en el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI)[81], en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)[82], en el Convenio Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI)[83] y en el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, en adelante, LCIA)[84]"[85]. Durante un proceso de *med-arb*, *arb-med* o *arb-med-arb*, la confidencialidad podría verse afectada puesto que, ya sea de manera consciente o inconsciente, es altamente probable que el tercero adquiera empatía hacia una de las partes.

La información confidencial que se revela durante el caucus puede parcializar la decisión del *med-arbiter* a favor de la posición de una de las partes. Así, el tercero acudirá a la etapa de arbitraje con una opinión preconcebida –producto de la etapa de mediación– siendo probable que pierda su neutralidad e interprete las evidencias y los argumentos de manera parcializada. Es difícil, casi imposible, creer que el *med-arbiter* no se vea afectado tras haber tenido acceso a información confidencial, íntima, emocional y personal de las partes[86].

---

79 SPIDR Ethics Committee. "Ethical Standards of Professional Responsibility" (1994). En Goss, Joanne. "An Introduction". *Óp. cit.*, p. 19.

80 *Cfr.* De Vera, Carlos. "Arbitrating Harmony: Med-Arb and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China". *Columbia Journal of Asian Law* XVIII/149 (2004), p. 157.

81 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Artículo 11. 2010.

82 Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. Artículo 11.1. 2012.

83 Convenio del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones: Reglamento y Reglas. Artículo 14. 2006.

84 Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Artículo 5.2. 1998.

85 Redfern, Alan; Hunter, Martin. *Law and Practice*. *Óp. cit.*, p. 211.

86 *Cfr.* Lauchli, Martin. "Cross-Cultural Negotiations, With A Special Focus on ADR with the Chinese". *William Mitchell Law Revie* XXVI/1045 (2000), p. 145. En De Vera, Carlos. "Arbitrating Harmony". *Óp. cit.*, p. 150.

El temor a que el tercero se aleje de su imparcialidad puede generar ciertos inconvenientes. En primer lugar, es probable que, durante el proceso de mediación, las partes omitan información por miedo a que aquella incida en la neutralidad del *med-arbiter* [87]. En segundo lugar, el recelo que las partes generan a acudir a arbitraje ocasionaría que, durante la etapa de mediación, celebren un acuerdo insatisfactorio por sentirse coaccionados a hacerlo[88].

En Ecuador, esta posible desventaja podría tener graves consecuencias. La imparcialidad es un principio procesal reconocido constitucionalmente. El artículo 75 de la Constitución lo reconoce como un derecho que corresponde a toda persona en razón de la tutela judicial efectiva[89] y el artículo 76 lo consagra como una garantía básica del debido proceso[90]. Así, es probable que en un proceso de *med-arb* o *arb-med-arb* la decisión final sea parcializada vulnerando así el debido proceso, un derecho y garantía de orden constitucional.

3.3.2.3. ¿Puede el *med-arbiter* apartarse de información confidencial a la hora de emitir su decisión final?

La desventaja que mayor preocupación ha generado es la posible afectación a la confidencialidad del proceso. Así, se cuestiona que quien ha actuado dentro de un proceso de mediación utilice la información revelada de manera privada por las partes para respaldar su argumento en un laudo posterior.

La confidencialidad puede ser definida desde dos puntos de vista, uno positivo y otro negativo. En un sentido positivo, implica mantener en secreto la información que proviene de las sesiones de mediación y mantener en reserva la información que se trate durante el proceso. En un sentido negativo, la confidencialidad comprende una obligación de no hacer, es decir, de no divulgar ningún documento, dato, hecho o cualquier información que el mediador conozca durante el proceso[91].

En Ecuador, la mediación es confidencial por regla general. Así, es obligación de los partícipes mantener la debida reserva[92]. Esa reserva es el pilar fundamental del proceso de mediación y es esencial garantizarla puesto que las partes "confían hechos y sentimientos íntimos que quizá nunca pensaron compartir, ni aun con los más allegados"[93].

87 *Cfr.* Ury, William, *et al. Getting Disputes Resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Massachusetts: PON Books, 1993, p. 80. En Wolski, Bobette. "Arb-med-arb (and MSASs): A Whole Which Is Less tha, Not Greater than, the Sum of Its Parts". *Contemporary Asia Arbitration Journal* VI/249 (2013), p. 259.

88 Kwon, Hyung Kyun. *Med-Arb Adoption*. *Óp. cit.*, p. 61.

89 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

90 Constitución de la República. Artículo 76. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

91 Viola, Isabel. *La confidencialidad en el procedimiento de mediación*, 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ (acceso: 12/02/2018).

92 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 50. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

93 De Almeida, Mario. *Reflexiones sobre la confidencialidad.* Buenos Aires: El Acuerdo, 1996, p. 14.

¿Cómo se afecta a la confidencialidad en un proceso de *med-arb*? Como se ha precisado, en la etapa de mediación el *med-arbiter* recurre a reuniones privadas y separadas con las partes con el fin de "obtener información que ellos prefieren no discutir en una reunión conjunta"[94]. Lo que genera preocupación es que la información *ex parte* que el mediador adquiere durante dicha etapa, pueda terminar utilizándose como evidencia en el laudo final. Aquello ocasionaría que la misma perdiese su calidad de confidencial, afectando la objetividad del tercero neutral y el flujo de información entre las partes en disputa[95].

Los efectos de la falta de confidencialidad se han vuelto evidentes en la práctica[96]. En el año 2006, la Corte de Apelaciones de Ohio conoció el caso Bowden v. Weikert. En el mismo, dos compañías celebraron un contrato para la venta de un negocio de seguros en el que incluyeron una cláusula *med-arb*. Surgida la controversia, el *med-arbiter* actuó como mediador; sin embargo, puesto que no fue posible llegar a un acuerdo, cambió su rol al de árbitro. Para emitir su decisión final y vinculante, el tercero basó su razonamiento en los argumentos que habían sido expuestos por las partes en la etapa de mediación[97]. Posteriormente, el laudo fue impugnado y el tribunal anuló la decisión del *med-arbiter* al considerar que las comunicaciones *ex parte* debían permanecer confidenciales durante la fase de arbitraje. El tribunal consideró que el árbitro solo podía basar su decisión en el contrato original o en cualquier otra evidencia presentada durante la audiencia de arbitraje[98].

A través de este caso se deja en evidencia cómo los sistemas de *med-arb* y *arb-med-arb* generan una serie de deficiencias en el debido proceso respecto a la confidencialidad. Dicho criterio ha sido replicado por la Corte de Apelaciones de California en el caso Logan c. Logan en el que se concluyó que incluir una referencia, en el proceso de arbitraje, a información confidencial obtenida durante la mediación, constituye un motivo para anular o modificar el laudo arbitral[99].

Así, a pesar que el *med-arb* y el *arb-med-arb* han alcanzado gran popularidad en ciertas culturas jurídicas, la disputa acerca de la compatibilidad entre el arbitraje y la mediación continúa vigente. Aparentemente, este sistema proporciona ventajas únicas a las partes; no obstante, analizar otras experiencias nos permite concluir que también genera serias preocupaciones.

94 Wright, Walter. *La protección de la confidencialidad en la mediación*, 2010. https://www.mediate.com/articles/la_proteccion_de_la_confidencialidad.cfm (acceso: 15/01/18).

95 *Cfr.* Kelso, Brian. *Drawing Outiside the Lines: Utilizing International Approaches to resolve due process concerns in Med-Arb*, 2015. http://moritzlaw.osu.edu/mayhew-hite-report/2015/11/20/kelso-placeholder/ (acceso: 13/02/2018).

96 Sobre casos en los que los tribunales se pronunciaron sobre la protección de la confidencialidad en el proceso de *med-arb, arb-med* y *arb-med-arb*, *vid.* Gaskin v. Gaskin; Lindsay v. Lewandowski; U.S Steel Mining Company v. Wilson Downhole Services; Conkle and Olesten v. Goodrich Goodyear and Hinds.

97 Corte de Apelaciones de Ohio. *Bowden v. Weickert*. Sentencia 20 de junio de 2003.

98 Kelso, Brian. *Drawing Outiside*. *Óp. cit.*

99 Corte de Apelaciones de California. *Logan v. Logan*. Sentencia de 17 de octubre de 2007.

4. La realidad del *med-arb* y el *arb-med-arb* en Ecuador

4.1. Imposibilidad de implementar el *med-arb* y el *arb-med-arb* en la legislación ecuatoriana

Como se precisó, el artículo 49 de la LAM, a pesar que no hace referencia expresa al *med-arb* ni al *arb-med-arb*, imposibilita que dichos mecanismos sean implementados en Ecuador al establecer que quien ha actuado como mediador en un conflicto no podrá intervenir en el mismo como árbitro[100]. Dicha prohibición genera un cuestionamiento principal. ¿Acaso la LAM no tiene como premisa fundamental garantizar la autonomía de la voluntad? Galindo se refiere a este impedimento en los siguientes términos:

> Se ha planteado la imposibilidad de que, de acuerdo a nuestra legislación, se pueda utilizar el mecanismo del *med-arb* por la disposición del artículo 49 de la LAM. Consideramos que esa interpretación es errónea, ya que, como lo afirmamos ya en este trabajo, la base de la LAM es la autonomía de la voluntad de las partes y si estas, libre y voluntariamente, deciden que el mediador tenga la potestad de pronunciarse por no alcanzar un acuerdo durante la mediación, dándole a dicho pronunciamiento el carácter de vinculante, no hay razón para que no pueda así pactarse[101].

El principio rector y fundamental de todo MASC es la autonomía de la voluntad. En palabras de González, aquella "es el núcleo fundamental a la hora de resolver un conflicto bajo cualquiera de las diferentes alternativas de resolución extrajudicial"[102]. Las partes son las dueñas de sus controversias y corresponde a ellas elegir, en virtud de sus aspiraciones, el sistema de resolución de conflictos que mejor satisfaga sus intereses y que más se acerque a su voluntad.

Seguramente el legislador, al positivar la prohibición del artículo 49, tomó en consideración las posibles desventajas que podrían darse como consecuencia de un proceso de *med-arb* o de *arb-med-arb*; y así, en un intento por garantizar la tutela judicial efectiva, minimizó la importancia de la autonomía de la voluntad. De cualquier modo, hay que recordar que "cuando, por la autonomía de la voluntad, y tratándose de materias disponibles, las partes utilizan otros sistemas de resolución de controversias, también se está haciendo justicia".[103] Por lo mismo, más allá de las críticas que puedan hacerse a dicho sistema, no es justificable que se impida a las partes escoger cómo y con quién desean que sus controversias alcancen una solución. De esta manera, ¿por qué prohibir a las partes acceder a un mecanismo de *med-arb* o *arb-med-arb* cuando la base de todo MASC es la autonomía de la voluntad?

---

100 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 49. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

101 Galindo, Álvaro. "Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador". *Iuris Dictio* II/4 (2001), p. 128.

102 González, Cazorla. *La mediación de consumo en el arbitraje institucional*, 2009. http://www.uoc.edu/symposia/adr/ (acceso: 10/02/18).

103 San Cristóbal, Susana. "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil". *Análisis Jurídico y Económico Escurialense* 46/39 (2013), p. 51.

4.2. La posible implementación del *arb-med-* en la legislación ecuatoriana

Si bien en Ecuador existe una prohibición expresa respecto de la actuación de un mediador como árbitro dentro de un mismo proceso, no existe ninguna norma que prohíba a los árbitros actuar como mediadores. En derecho privado, todo lo que no está prohibido está permitido. Por lo mismo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes tienen total libertad pactar una cláusula *arb-med*.

Según Alessandri, el principio de autonomía de la voluntad es "la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración"[104]. Este principio se encuentra reflejado en la suscripción de la cláusula arbitral y "no cabe duda de que la piedra angular del arbitraje, ya sea doméstico o internacional, es el convenio arbitral"[105]. En Ecuador, el artículo 5 de la LAM define al convenio arbitral como "el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual"[106]. Tenemos que recordar que uno de los efectos principales del convenio arbitral es atribuir competencia a los árbitros[107]. Por lo mismo, si las partes acuerdan, sobre la base de su autonomía de la voluntad, que el árbitro puede actuar como mediador dentro del proceso arbitral estamos frente a una cláusula *arb-med*. Por lo expuesto, la cláusula *arb-med* surte efectos y nace a la vida jurídica con el solo consentimiento de las partes, siendo el único requisito de la LAM que conste por escrito[108].

La LAM exige, en su artículo 15, que una vez contestada la demanda o la reconvención se "notificará a las partes señalando día y hora para que tenga lugar la **audiencia de mediación** a fin de procurar un avenimiento de las partes"[109] (énfasis añadido). De este artículo se desprende que, antes de la audiencia de sustanciación[110], debe existir una audiencia de mediación. Este proceso de mediación es autónomo a la fase de mediación que podría surgir como parte de un procedimiento *arb-med*; por lo tanto, no afecta su naturaleza.

Ha quedado claro que, por disposición legal, en todo proceso arbitral, existe una audiencia de mediación que no es parte del proceso *arb-med*. Por esta razón, se cuestiona si realmente tendría alguna utilidad que las partes pacten una mediación intraproceso cuando la ley ya lo exigió. ¿Realmente tendría utilidad en Ecua-

---

104 Alessandri, Arturo. *De los contratos*. Santiago de Chile: Chile Editorial Jurídica, 2004, p. 10.

105 Temboruy, Miguel y Gutiérrez, Elena. "Cláusulas patológicas: historias para no dormir", p. 209. En Soto, Carlos. *Tratado de Derecho Arbitral. Tomo 1*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2001, p. 209.

106 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

107 Santos Dávalos, Oswaldo. "Naturaleza jurídica de los efectos del convenio arbitral". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8 (2016), p. 118.

108 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

109 Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 15. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

110 Según el artículo 22 de la LAM, en la audiencia de sustanciación, en virtud del kompetenz-kompetenz, el tribunal arbitral resolverá sobre su propia competencia en razón de la cláusula *arb-med-arb*. Este procedimiento ocurre una vez que se ha dado la audiencia de mediación. Si los árbitros se declaran competentes, las partes están facultadas para solicitar que aquellos actúen como mediadores en cualquier momento del proceso.

dor pactar una cláusula *arb-med*? ¿Podrían las condiciones del conflicto cambiar de tal manera para que las partes busquen mediar una segunda vez? ¿Qué pasa si las partes no llegan a una solución en la mediación? ¿Se deberá conformar un nuevo tribunal arbitral?

4.3. Figuras análogas al *med-arb* y al *arb-med-arb* en Ecuador

Si bien el *med-arb*, *arb-med* y el *arb-med-arb* no se encuentran regulados en la normativa interna ecuatoriana, existen otras figuras que, de una u otra manera, podrían ser vistas como similares y cuya existencia cuestiona la imposibilidad de regular al *med-arb*, *arb-med* y el *arb-med-arb* como instituciones independientes dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.3.1. Conciliación en el procedimiento ordinario

En el sistema procesal ecuatoriano la conciliación es una etapa obligatoria dentro de todo juicio. El COGEP dispone que la conciliación debe llevarse a cabo en el procedimiento ordinario[111], sumario[112], ejecutivo[113] y monitorio[114]. Razón, por la cual es obligación de los jueces procurar la conciliación de las partes[115]. La Corte Constitucional colombiana define a la conciliación como:

> [Una] institución en virtud de la cual se persigue un interés público, mediante la solución negociada de un conflicto jurídico entre partes, con la intervención de un funcionario estatal, perteneciente a la rama judicial o a la administración, y excepcionalmente de particulares[116].

El artículo 234 del COGEP prescribe que la conciliación podrá realizarse bajo tres supuestos:

> si la conciliación se realiza en audiencia preliminar o de juicio, el juez la aprobará en sentencia y declarará terminado el juicio.
>
> si la conciliación se presenta con ocasión del cumplimiento de la sentencia, la o el juzgador de la ejecución señalará día y hora para la realización de la audiencia en la que resolverá la aprobación del acuerdo; y,
>
> si la conciliación recae sobre parte del proceso, este continuará con respecto a los puntos no comprendidos o de las personas no afectadas por el acuerdo[117].

111 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 294. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
112 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 333. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
113 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 354. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
114 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 359. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.
115 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 130. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
116 Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-160*, 1999.
117 *Ibíd.*; Código Orgánico General de Procesos. Artículo 243. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

¿Cuál es la posible semejanza entre la conciliación y el *arb-med*? Para ello es preciso analizar el primer y tercer supuesto del artículo precedente.

En el primer supuesto, ocurre que el juez inicia la sustanciación de la causa investido de su potestad coactiva y juzgadora. Posteriormente, en la fase de conciliación, el juez adopta el rol de conciliador y busca que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas. Si lo hacen, la controversia termina con la aprobación del juez en sentencia. Es decir, el conflicto se soluciona por obra de las mismas partes sin la imposición del juez.

Este supuesto se relaciona con el *arb-med*. En este mecanismo, el *med-arbiter* actúa en un primer momento como árbitro y, por solicitud de las partes, adquiere facultades de mediador. La solución al conflicto se alcanza a través del diálogo de las mismas partes y el proceso termina con la suscripción del acta correspondiente.

Por otro lado, el tercer supuesto del artículo 234 guarda relación con el procedimiento *arb-med-arb*. Cuando, en la etapa de conciliación, las partes solo resolvieron ciertos temas de la litis, el juez deberá asumir sus potestades jurisdiccionales y dictar una sentencia para poner fin al conflicto. Asimismo, en el *arb-med-arb* el tercero deberá dictar un laudo sobre los asuntos que no han alcanzado resolución en la etapa de mediación.

Si bien el mecanismo *arb-med-arb* guarda relación con la fase de conciliación en un procedimiento judicial, existe una gran diferencia: la etapa de conciliación proviene de un mandato legal. Mientras que en el *arb-med-arb* el tercero asume facultades de mediador por la sola voluntad de las partes, en la justicia estatal, el funcionario judicial está obligado por ley a procurar la conciliación[118].

El derecho privado "se basa en la idea de que el orden más adecuado para las relaciones entre los individuos es lo que ellos mismo establecen"[119], al contrario de lo que ocurre en derecho público donde el mandato legal es el que prima. Es decir, si en la justicia ordinaria se permite a un tercero actuar tanto de conciliador como de juez en un mismo proceso, no hay razón alguna para que las partes no pudiesen pactar una cláusula *arb-med-arb* con la intervención del *med-arbiter*. ¿Cómo desconocer esta figura en el derecho privado sin desconocer la autonomía de la voluntad?

4.3.2. Duke c. Ecuador: ¿*med-arb* o cláusula escalonada?

En el caso Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador, el Ministerio de Energía y Minas del Ecuador y Electroquil celebraron el 30 de mayo de 2000 dos convenios idénticos de arbitraje y mediación, que llevaban

118 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 130 numeral 11. Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
119 Corte Nacional de Apelaciones en lo Comercial. *Zunghiri c. Sánchez Carlos y Otros*. 1999

el nombre "Convenios Med-Arb". Tras el primer año de vigencia de los Contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica, surgieron ciertas controversias respecto de las multas. En virtud del Convenio Med-Arb, las partes iniciaron el trámite de mediación el 19 de diciembre de 2000 ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado. La mediación fracasó y, como consecuencia de aquello, el 29 de enero de 2001, Electroquil inició un procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Guayaquil[120]. Más allá del análisis que implica el caso en cuestión, surge una interrogante principal: ¿realmente la naturaleza de la cláusula pactada correspondía a un mecanismo de *med-arb*, o se trataba de una cláusula escalonada? Para ello es preciso señalar las diferencias entre ambas.

Según González de Cossío, las cláusulas escalonadas, también conocidas como multinivel, son aquellas que "contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia"[121]. Por lo general, la cláusula escalonada da lugar, en un primer momento, a un proceso de negociación en el que "participen altos funcionarios de cada una de las partes involucradas. Agotada dicha instancia, de no existir acuerdo, se establece que las partes deberán seguir un procedimiento […] de mediación. De nuevo, de no existir un acuerdo […] se establece la posibilidad de acudir al arbitraje"[122].

Aparentemente, las cláusulas multinivel y las *med-arb* podrían considerarse equivalentes tomando en consideración que, en ambas, las partes pactan una etapa de mediación previa al arbitraje. Sin embargo, un breve análisis de su naturaleza y efectos nos permite concluir que guardan importantes diferencias. La principal distinción reside en que, mientras las cláusulas escalonadas han sido categorizadas como *multi-step* ***clauses***, las cláusulas *med-arb* son *multi-step* ***processes***[123]; es decir, las primeras son cláusulas de pasos múltiples, mientras que las cláusulas de *med-arb* consisten en procedimientos híbridos. En las escalonadas, cada MASC que las partes hayan convenido se resuelve en un procedimiento autónomo y con la intervención de un tercero independiente[124]; por otro lado, en las cláusulas *med-arb*, existe un solo procedimiento que involucra dos etapas y en el que interviene un mismo tercero.

Asimismo, una cláusula escalonada común empieza con la negociación, pasa a la mediación y utiliza el arbitraje como último recurso. Si los primeros pasos son

120 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador. Caso CIADI No. Arb/04/19*. 18 de agosto de 2008.

121 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México DF: Porrúa, 2011, p. 302.

122 *Id.*, p. 303.

123 *Cfr.* Blankley, Kristin. "The Ethics and Practice of Drafting Pre-Dispute Resolution Clauses". *Creighton Law Review* 49/743 (2016), p. 773.

124 Tal como lo sugiere la cláusula escalonada modelo de la CCI: "En caso de controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a someterlas en primer lugar al procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI. El inicio del procedimiento con arreglo al Reglamento de Mediación de la CCI no impedirá a una parte iniciar el arbitraje de conformidad con la subcláusula (y) que figura a continuación.
Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento". Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional. 2012.

exitosos, las partes no necesitarán recurrir a las últimas opciones adjudicatorias. *Contrario sensu*, en el procedimiento de *med-arb* las partes intentan una etapa de mediación y, sobre aquello que no hayan podido resolver, el mismo tercero se convierte en árbitro; las partes pueden volver sobre dichas etapas puesto que aquellas no precluyen[125].

Tal y como ordena el principio de irrelevancia del *nomen iuris*: las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Si bien la cláusula pactada entre Electroquil y el Ministerio fue denominada como "Convenio Med-Arb", esa no es su verdadera naturaleza. En realidad, se trata de una cláusula escalonada en la que la mediación se dio ante el Centro de la Procuraduría General del Estado, y el arbitraje ante la Cámara de Comercio de Guayaquil, con árbitros completamente independientes que no habían intervenido en lo absoluto durante la fase de mediación. Fueron dos procedimientos distintos que responden a lo que Blankley ha denominado *multi-step clauses* o cláusulas escalonadas.

5. Conclusiones

The Best of Both Worlds?[126]. No existe un MASC perfecto. La mediación y el arbitraje, a pesar de ser los MASC utilizados con mayor frecuencia, no siempre satisfacen los intereses de las partes. En respuesta a la necesidad constante de las personas por encontrar un mecanismo que reúna los beneficios de la mediación y el arbitraje surgen el *med-arb,* el *arb-med* y el *arb-med-arb*. La combinación de ambos métodos nos lleva a pensar que existe un mecanismo ideal. Sin embargo, la confidencialidad, la imparcialidad y la dificultad de encontrar un *med-arbiter,* son algunos de los cuestionamientos que nos permiten concluir que el *med-arb, arb-med* y el *arb-med-arb* no son ideales.

Las partes son las que, en virtud del principio de autonomía de voluntad, pueden decidir cómo, cuándo y con quién desean que su disputa se resuelva; la flexibilidad es una ventaja esencial de los MASC frente a la justicia ordinaria. Por lo mismo, que el artículo 49 de la LAM prohíba el reconocimiento del *med-arb* en la legislación ecuatoriana es cuestionable puesto que restringe el principio que inspiró la creación de la misma Ley: la autonomía de la voluntad. Así, la única forma de garantizar el principio en cuestión, sería a través de la derogatoria de esta norma prohibitiva. Del mismo modo, la prohibición del artículo 49 impide que se pacte un mecanismo de *arb-med-arb*. Si bien en un inicio la controversia es conocida por un árbitro, si la disputa no alcanza una solución y deriva a mediación, dicho tercero, el mediador, no podrá intervenir como árbitro una vez más.

La LAM comete un gran error al limitar la autonomía de la voluntad impidien-

125 *Cfr.* Blankley, Kristin. "The Ethics". *Óp. cit.*, p. 774.
126 *Vid.* Baril, Mark y Dickey, Donald. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Óp. cit.*; Lang, Georgialee. "Family Law Med/Arb: The Best of Both Worlds?". *Óp. cit.*; Weisman, Martin. "Med-Arb: The Best of Both Worlds". *Óp. cit.*

do que el mediador actúe como árbitro en un mismo proceso; no obstante, no prohíbe que el árbitro actúe como mediador si así las partes lo solicitan. Por lo mismo, en Ecuador, es totalmente posible pactar una cláusula *arb-med*.

Es comprensible que el legislador, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva y los principios del debido proceso, haya prohibido la práctica del *med-arb* y el *arb-med-arb*. Efectivamente, los procedimientos *med-arb* y *arb-med-arb* generan ciertas preocupaciones; no obstante, las partes podrían fijar mecanismos en la misma cláusula para subsanarlas. Ciertas tradiciones jurídicas, siguiendo el modelo de Australia, han desarrollado parámetros que las partes pueden pactar para mitigar las desventajas de una cláusula *med-arb* o *arb-med-arb*.

El escenario cambia cuando se trata del *arb-med*. La LAM no prohíbe de modo alguno que un tercero que actuó como árbitro pase a actuar como mediador. Así, las partes podrían pactar una convenio arbitral y determinar que, en caso de no querer continuar con la fase arbitral, el árbitro pase a ser mediador y, tras escuchar a ambos lados, emita un acta de mediación. Al no existir prohibición, podría ocurrir que durante el transcurso del procedimiento arbitral las partes soliciten a los miembros del tribunal que pasen a intervenir como mediadores, sin necesidad de existir un convenio de arbitraje previo. Dichas opciones serían posibles puesto que no existe ley alguna que lo prohíba.

"I cannot tell you the number of times I have been frustrated at the waste of resources in resolving disputes through standard litigation practices. It sometimes reminds me of what an American army captain said in Vietnam: 'To secure the village it was necessary to destroy it"

-David Shaughnessy

CORRALROSALES

INTERNATIONAL STANDARDS
LOCAL VANGUARD

La firma preferida
por las multinacionales
para Ecuador

Quito | Guayaquil

T. +593 2 254 4144
F. +593 2 250 3743
E. info@corralrosales.com

Hacia una concepción moderna de la personalidad jurídica internacional: ¿es el inversionista extranjero un sujeto de derechos?

Hernán Felipe Escudero Álvarez
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: escuderohfelipe@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

La subjetividad bajo el Derecho Internacional contemporáneo es un área de discusión que no ha sido concluida. En un período menor a un siglo, el Derecho Internacional público ha experimentado un cambio sustancial pasando de la concepción de orden jurídico donde los Estados ocupan el centro de la imputación normativa a la existencia de una pluralidad de sujetos con la aptitud de ser titulares de derechos. En las últimas décadas, la proliferación de mecanismos que permiten la exigibilidad directa de compromisos internacionales asumidos por los Estados ha hecho imperativo repensar la vigencia de instituciones clásicas como la protección diplomática. Esta necesidad se ha visto particularmente presente en el régimen de la protección de la inversión a raíz del surgimiento de los mecanismos inversionista-Estado de solución de disputas. En ese contexto, el presente trabajo tiene como objeto arrojar luces acerca de la condición del inversionista bajo la *lex specialis* del Derecho Internacional de las inversiones. Por lo tanto, se pretende dilucidar si el inversionista goza de personalidad jurídica internacional.

Palabras clave

Personalidad jurídica internacional, sujetos de Derecho, Derecho Internacional público, protección diplomática, Derecho Internacional de las inversiones, actos unilaterales de los Estados.

Towards a modern conception of international legal personality: ¿is the foreign investor a holder of rights?

Abstract

International legal personality under contemporary public international law is an area of discussion that has not yet been concluded. In less than a century, international law has experimented a substantial transformation from its conception of a legal order where states occupy the center spot of normative imputation, to the existence of a plurality of subjects fit to be holders of rights. In the last decades, the proliferation of mechanisms that provide for the direct enforcement of international commitments entered by states, has made it imperative to rethink the validity of classical institutions such as diplomatic protection. This necessity has been particularly evident in the investment protection regime due to the rise of investor-state dispute settlement mechanisms. In this context, this work has for objective to shed light on the condition of the investor under the lex specialis of international investment law. Accordingly, it is intended to determine if the investor enjoys international legal personality.

Keywords

International legal personality, subjects of law, International Public Law, diplomatic protection, International Investment Law, unilateral acts of states.

1. Introducción

La posición del individuo bajo el Derecho Internacional es una cuestión aún no zanjada en el debate jurídico. Tradicionalmente, se ha considerado que el Derecho Internacional se preocupa primordialmente de las relaciones entre Estados donde los individuos son afectados indirectamente[1]. Con la terminación de la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento del orden internacional contemporáneo, el *corpus iuris* que conforma el Derecho Internacional ha llegado a un grado de complejidad sin precedentes. En ese contexto, el Derecho Internacional regula en la actualidad no solo las relaciones entre Estados, sino también las relaciones entre el individuo con su Estado y con otros Estados[2]. Este fenómeno se ha observado de manera patente desde la celebración de la Carta de San Francisco, donde se hace evidente un interés de proteger al individuo bajo el Derecho Internacional[3].

El debate sobre la condición internacional de la persona no ha escapado del Derecho Internacional de las inversiones. La globalización de los procesos productivos, así como la importancia creciente del comercio internacional ha fomentado la consolidación de un régimen internacional destinado a proteger la inversión extranjera[4]. En ese contexto, el inversionista extranjero juega un papel importante en el plano internacional, sobre todo a raíz del surgimiento del arbitraje inversionista-Estado que posibilita la exigibilidad directa de las obligaciones asumidas por los Estados. De ahí nace la relevancia de analizar el estatus del inversionista extranjero bajo este régimen internacional. ¿Se puede afirmar que el inversionista es un sujeto de derechos en el plano internacional?

En el presente trabajo se pretende contribuir a la tesis que el inversionista extranjero goza de personalidad jurídica internacional al tener la aptitud de ser titular de derechos bajo el Derecho Internacional. Para esto, se analizará la personalidad jurídica en el Derecho Internacional general. Posteriormente, se examinará la condición del inversionista extranjero en la *lex specialis* de los tratados de inversión en comparación con el régimen clásico de la protección diplomática. Finalmente, se discutirá la viabilidad de la creación de derechos individuales para el inversionista mediante un acto unilateral del Estado.

1 Parry, Clive. *Función del Derecho en la Comunidad Internacional*, pp. 53-97. En: Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 53.

2 *Ibíd*.

3 Carta de las Naciones Unidas (1945). Artículo 1 párr. 3. “Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. A su vez la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 conmina al reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano mediante “medidas progresivas de carácter nacional e internacional”.

4 Braun, Tillmann. “Globalization-Driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law”. *The Journal of World Investment and Trade* 73/116 (2014), pp. 78-79.

2. La personalidad jurídica bajo el Derecho Internacional general

La evolución del Derecho Internacional público no ha dejado incólume a la teoría de la subjetividad internacional. La categoría jurídica reducida de sujetos del Derecho Internacional clásico ha sido progresivamente abandonada. La doctrina y la jurisprudencia internacional se ha ido inclinando a considerar la existencia de otros actores distintos a los Estados con la aptitud de ser titulares de derechos y obligaciones en el plano internacional[5]. En esta sección, se realizará un recuento de esta problemática y la respuesta que ha dado la jurisprudencia en situaciones donde se ha pretendido la tutela jurídica de otros sujetos distintos a los Estados.

2.1. Antecedentes

La Paz de Westfalia de 1648 es reconocida como el nacimiento jurídico del Derecho Internacional clásico, donde el Estado moderno pasa a convertirse en el centro de imputación normativa[6]. Dejando atrás la noción de la "comunidad cristiana de Estados," el Derecho Internacional clásico se fundamenta en la existencia de Estados soberanos, que, en un plano de igualdad jurídica, son capaces de obligarse y exigir mediante la autotutela el cumplimiento de sus derechos[7]. Mediante este ejercicio soberano de la voluntad, los Estados se convierten a su vez en los creadores de las normas que integran el sistema internacional. Por lo tanto, son estos quienes clásicamente, ostentan la aptitud exclusiva de tener derechos y obligaciones en el plano internacional.

Lauterpracht sostiene que, bajo la visión clásica del Derecho Internacional, el individuo, al no tener la aptitud de ser sujeto tampoco goza de *ius standi* para reclamar en el plano internacional[8]. Alternativamente, se ha sostenido que la incapacidad de la persona[9] de accionar bajo el Derecho Internacional evidencia la imposibilidad de ser considerado un sujeto de derechos en este campo[10]. De la aplicación de esta lógica ha resultado que, por ejemplo, algunos tribunales consideren como ineficaz la llamada cláusula Calvo, por la cual se renuncia a cualquier reclamación diplomática sobre la base de las protecciones otorgadas por el Derecho Internacional a los extranjeros[11]. Sin embargo, con el deterioro del orden westfaliano y el surgimiento del Derecho Internacional contemporáneo, la concepción restrictiva de los sujetos que intervienen en el Derecho Internacional se ha ido desvaneciendo.

5 Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 269.
6 *Id.*, p. 61.
7 Vedross, Alfred. *Derecho Internacional Público.* Madrid: Aguilar, 1957, pp. 40-41.
8 Lauterpacht, Hersch. *International Law and Human Rights.* Nueva York: Frederick A Praeger INC, 1951, p. 8.
9 En el presente artículo, se utiliza la palabra persona para referirse tanto a la persona natural como a la persona jurídica.
10 Lauterpacht, Hersch. *International Law and Human Rights. Óp. cit.*, p. 8.
11 *Id.*, p. 7, *vid.* Julliard, Patrick. "Calvo Doctrine/Calvo Clause". En: Wolfrum, Rüdiger. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2nd Revised edition*. Oxford: OUP, (2012), pars. 1-12.

Desde el positivismo jurídico, Kelsen mantiene una visión monista del Derecho Internacional considerándolo el origen de la norma hipotética fundamental[12]. Para Kelsen, el orden jurídico interno encuentra en *ultima ratio* su validez formal y material en el Derecho Internacional público y, por lo tanto, regula la conducta de los seres humanos[13]. En ese sentido, no puede considerarse a los Estados como los únicos sujetos capaces de actuar en el plano internacional. El jurista austriaco argumenta que:

> Tanto en el Derecho Internacional general como en el Derecho convencional se encuentran normas que se aplican inmediatamente a los individuos. Ellas determinan no solo qué debe hacerse o abstenerse de hacer, sino también quién debe conducirse de la manera prescrita. El individuo así designado es entonces un sujeto inmediato del derecho internacional[14].

Por su parte, Diez de Velasco mantiene que el carácter heterogéneo de los sujetos que forman parte del sistema internacional es un distintivo del Derecho Internacional contemporáneo[15]. Sostiene que la subjetividad internacional se compone de: (i) la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones internacionales; y, (ii) la capacidad de actuar en el plano internacional para para hacer efectivos esos derechos[16]. Se adhiere a la tesis de que el carácter de persona bajo el Derecho Internacional no depende del número de derechos u obligaciones que sea titular[17]. Diez de Velasco concluye que el individuo puede ser considerado como un sujeto limitado o funcional, puesto que no tiene la aptitud de actuar en todos los ámbitos del Derecho Internacional general, solo en aquellos regímenes donde esta capacidad está reconocida[18].

2.2. La jurisprudencia con respecto a la personalidad jurídica internacional

La jurisprudencia internacional ha ido progresivamente inclinándose a considerar la existencia de una pluralidad se sujetos en el Derecho Internacional. En primer lugar, reconoció que, mediante tratado, se podían establecer derechos plenamente exigibles por las personas. Posteriormente, se ha mostrado conforme con la posibilidad de una subjetividad diversa en el Derecho Internacional que no se limitara únicamente a los Estados. Finalmente, ha señalado que los individuos no solo tienen la aptitud de ser titulares de derechos, sino que efectivamente lo son. A continuación, se presentan estos hitos jurisprudenciales.

En 1928, la Corte Permanente de Justicia Internacional analizó la posibilidad de que un tratado pueda crear derechos individuales ajenos a las partes en el caso

12 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho.* Buenos Aires: Eudeba, 2009, p. 116.
13 *Id.*, p. 161.
14 *Id.*, p. 162.
15 Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público. Óp. cit.*, p. 271.
16 *Id.*, p. 270.
17 *Id.*, p. 271.
18 *Ibíd.*

relativo a las Cortes de Danzig. En dicho caso, la cuestión a esclarecerse era si los trabajadores de la administración ferroviaria polaca podían directamente reclamar indemnizaciones sobre la base de un tratado entre Polonia y la Ciudad Libre de Danzig[19]. Por su parte, Polonia argumentó que el tratado no podía dar lugar a derechos para los trabajadores mientras este no sea incorporado a su Derecho interno[20]. Danzig, por el contrario, arguyó que el tratado proveía el régimen que regulaba las relaciones contractuales entre los trabajadores y la administración ferroviaria y, por lo tanto, creaba derechos individuales[21]. La Corte, admitiendo este último argumento, decidió que:

> No puede ser disputado que el objeto de un acuerdo internacional, en virtud de la intención de las partes contratantes, pueda ser la adopción de reglas definitivas, creando así derechos y obligaciones individuales ejecutables por cortes naciones. En el presente caso, se puede encontrar esa intención en los términos del *beamtenabkommen*[22].

En la opinión consultiva relativa a las reparaciones por los daños sufridos en servicio de las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) reconoció la posibilidad que exista una pluralidad de sujetos en el Derecho internacional[23]. En dicho caso, la Corte debía resolver si, de manera general, los organismos internacionales tales como las Naciones Unidas gozaban de *ius standi* para presentar una reclamación en contra de uno de sus miembros. Respondiendo afirmativamente, la CIJ consideró que la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones bajo el Derecho Internacional no se limita únicamente a los Estados[24]. "Los sujetos del Derecho, en cualquier sistema jurídico, no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en el alcance de sus derechos y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad"[25]. Para la Corte, la noción de sujetos del Derecho ha ido evolucionando con el tiempo, respondiendo a las necesidades de las interacciones entre Estados[26]. Por lo tanto, reconoció que las Naciones Unidas gozan de personalidad jurídica internacional.

En el caso *LaGrand*, la CIJ conoció sobre una reclamación presentada por Alemania contra los Estados Unidos por considerar que este país había violado la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Alemania argumentó que Estados Unidos incumplió su obligación internacional de notificar a su nacional el derecho de recibir asistencia consular luego de su detención[27]. Aceptando la pretensión alemana, la Corte determinó que el párrafo segundo del artículo 36 de la Convención de Viena consagra un derecho individual a la asistencia consultar

19 Traducción libre. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de las Cortes de Danzig*. Sentencia, 3 de marzo de 1928, p. 17.
20 *Ibíd.*
21 *Ibíd.*
22 *Id.*, pp. 17-18.
23 Traducción libre. CIJ. *Reparaciones por daños Sufridos al Servicio de las Naciones Unidas*. Opinión Consultiva, 11 de abril de 1949, p.178.
24 *Id.*, pp. 179-180.
25 *Id.*, p. 179.
26 *Id.*, p.178.
27 CIJ. *Caso LaGrand (Alemania c. Estados Unidos)*. Sentencia, 27 de junio de 2001, p. 9.

de un extranjero en caso de detención[28]. Este derecho individual, además, según la CIJ, pertenece a una categoría especial por tratarse de un derecho humano[29].

De lo expresado anteriormente, se puede concluir que, en el estado actual del Derecho Internacional público, no se le puede considerar al individuo como un mero objeto protegido. La jurisprudencia ha verificado que el individuo tiene la aptitud de poseer derechos y obligaciones y la capacidad de actuar en el plano internacional. También es pertinente mencionar que, la capacidad de obrar de la persona se encuentra limitada a los ámbitos autorizados por una norma de Derecho Internacional. Esto se verifica por el hecho de que el individuo no goza de *ius tractatuum*[30] que le permita innovar el ordenamiento jurídico internacional. Por lo tanto, su capacidad de actuar se circunscribe a los regímenes especiales del Derecho Internacional que así lo prevean.

3. La posición del inversionista bajo el Derecho Internacional de protección a la inversión

Bajo esta sección, se pretende analizar, en primer lugar, las características fundamentales de la institución de la protección diplomática como medio procesal que permite elevar las disputas de los nacionales de un Estado al plano internacional. En consecuencia, se procura resaltar las diferencias entre este régimen y la *lex specialis* instaurada por medio de los tratados en materia de promoción y protección de las inversiones. En segundo lugar, se discutirá la posición que ostenta la persona bajo dicha *lex specialis* y finalmente se analizará la misma en relación con los compromisos estatales asumidos mediante un acto unilateral.

3.1. La protección diplomática

La protección diplomática tiene una larga trayectoria como institución del Derecho Internacional público. Su existencia tiene fundamento en el principio de que un daño causado a un ciudadano es en esencia un daño al Estado del cual es nacional[31]. Fue a mediados del siglo XVIII que dicha máxima apareció por primera vez en la doctrina del tratadista Emerich Vattel en su obra *The law of Nations* por lo que se suele hacer referencia a la misma como la ficción de Vatel[32]. A partir de ese momento, la protección diplomática se ha desarrollado como una práctica generalizada de los Estados, mediante la cual se han celebrado distintos litigios o incluso se ha recurrido al uso de la fuerza[33]. Esta institución fue el mecanismo más utilizado para la solución de disputas en materia de protección a la inversión hasta el advenimiento de los tratados bilaterales de inversión a mediados del siglo XX[34].

28 *Id.*, p. 32.
29 *Ibíd.*
30 El i*us tractatuum* se refiere a la potestad de celebrar tratados en el plano internacional y, por lo tanto, obligarse por medio de la expresión de la voluntad. *Vid*. Patry, André. *La Capacité Internationale des États.* Quebec: Presses de l´Université du Québec, 1983, pp. 23-28.
31 Dugard, John. "Artículos sobre Protección Diplomática". *United Nations Audiovisual Library of International Law*. (2013), p. 1.
32 *Ibíd.*
33 *Id.,* p. 2.
34 *Ibíd.*

El reconocimiento jurisprudencial más significativo de la existencia de la protección diplomática se encuentra en la sentencia *Mavrommatis* de la Corte Permanente de Justicia Internacional. Este tribunal reconoció la existencia de un medio por el cual los Estados tienen la facultad de amparar a sus nacionales frente a actos internacionalmente ilícitos de otros Estados[35]. El caso se presenta en el contexto de una demanda entablada por la República de Grecia en contra del Reino Unido en 1921, donde se reclamaba por los derechos de concesión para la construcción otorgados a un nacional griego. La Corte consideró que la protección diplomática, es un derecho de los Estados que tiene como objetivo brindar protección a sus nacionales frente a violaciones del Derecho Internacional cometidas por otro Estado.

La llamada fórmula *Mavrommatis* consagra la concepción clásica de esta institución. Así, la Corte determinó que:

> [Si] la presente disputa se origina en el daño de un interés particular […] es irrelevante desde este punto de vista. Una vez que un Estado ha llevado un caso en beneficio de uno de sus nacionales frente a un tribunal internacional, es el Estado el único demandante[36].

En consecuencia, el precedente de *Mavrommatis* reconoce a la protección diplomática como un derecho potestativo del Estado protector en donde el nacional beneficiario no es más que un objeto a la luz del Derecho Internacional público.

Resumiendo, la decisión *Mavrommatis* determina los elementos clásicos de la protección diplomática. En primer lugar, reconoce que un hecho internacionalmente ilícito cometido contra un extranjero genera un daño al Estado del cual este es nacional. En segundo lugar, ese Estado tiene el derecho exclusivo de reclamar en el plano internacional por el cometimiento de dicho acto ilícito. Como consecuencia lógica, la persona agraviada es objeto de protección por parte de su Estado en el plano internacional pero no goza de derechos subjetivos directamente[37]. Esta regla se encuentra implícitamente consagrada en el primer párrafo del artículo 34 del Estatuto de la CIJ el cual restringe el *ius standi* solo para los Estados[38].

La jurisprudencia internacional no solo ha reconocido el derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática con respecto de personas naturales sino también en favor de sociedades. En el conocido caso *Barcelona Traction*, la CIJ determinó que el Estado donde la sociedad había sido constituida, es decir Canadá, podía ejercer protección diplomática sobre ella y así elevar la disputa al plano internacional. Por tal motivo, rechazó la pretensión del Reino de Bélgica de esposar la disputa en favor de los accionistas belgas[39].

---

35 Traducción libre. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso Mavrommatis* (*Grecia c. Reino Unido*). Sentencia, 1924, p. 13.

36 *Ibíd*.

37 Leys, David. "Diplomatic Protection and Individual Rights: A Complementary Approach". *Harvard International Law Journal* 57 (2016), p. 6.

38 Estatuto de la CIJ (1945). Artículo 34. "Solo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte".

39 CIJ. *Barcelona Traction* (*Bélgica c. España*). Sentencia, 24 de julio de 1964, p. 41.

Luego de un largo proceso de construcción, la Comisión de Derecho Internacional, en el ejercicio de su mandato codificador y de desarrollo progresivo del Derecho Internacional, expidió, en 2006, el Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática. En dicho documento, se reafirma el criterio clásico de esta institución. Esto se evidencia claramente en el artículo dos del Proyecto que establece "un Estado tiene derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos"[40]. Es decir, constituye una facultad privativa de los Estados.

Sin embargo, la Comisión realizó dos importantes salvedades en el Proyecto de Artículos que valen la pena resaltar. La primera, contenida en el artículo 16, abre explícitamente la puerta a la posibilidad de considerar la existencia de derechos subjetivos a las personas en el plano internacional que en particular se refiere al derecho de acción. Dicho artículo determina que:

> El derecho de los Estados, las personas naturales, las personas jurídicas u otras entidades a recurrir, de conformidad con el Derecho Internacional, a acciones o procedimientos distintos de la protección diplomática para obtener la reparación del perjuicio sufrido como resultado de un hecho internacionalmente ilícito no resultará afectado por el presente proyecto de artículos[41].

En segundo lugar, la Comisión consagra el carácter subsidiario de las normas relativas a la protección diplomática frente a normas particulares tales como las establecidas en los tratados de protección a la inversión[42]. En otras palabras, reafirma la aplicación del principio *lex specialis* en materia del Derecho Internacional de protección de la inversión y deja la puerta abierta a su aplicación en otras ramas del Derecho internacional.

La idea central a la protección diplomática como institución jurídica es la incapacidad de ejercicio de la persona en el plano internacional. Por lo tanto, frente a la agresión estatal de sus intereses, el individuo se ve forzado a acudir a su Estado, para que este reclame por las obligaciones incumplidas. Bajo esa lógica, el Estado protector reclama por sus derechos directamente, que se han visto afectados por el perjuicio causado a su nacional y el individuo afectado se ve indirectamente beneficiado por dicha reclamación.

3.2. El individuo, bajo los tratados de promoción y protección de las inversiones

Una vez analizada la protección diplomática, se discutirá que tan alejado de esta institución se encuentra el mecanismo de reclamación contemplado de manera general en los tratados relativos a la protección de las inversiones. Se pretende determinar si es plausible, bajo el Derecho Internacional, considerar que el inversio-

40 Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática (2006). Artículo 2.
41 Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática (2006). Artículo 16.
42 Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática (2006). Artículo 17.

nista extranjero goza de derechos individuales. Para esto, se debe tomar en cuenta que la complejidad del régimen del Derecho Internacional de las inversiones no se limita a la existencia de tratados bilaterales o multilaterales de inversión. En palabras del tribunal arbitral en el caso AAPL c. Sri Lanka:

> El tratado de inversión no es un sistema autocontenido que se limita a proveer de reglas sustantivas de aplicación directa; debe ser considerado dentro un contexto jurídico amplio donde las reglas de otras fuentes se ven incorporadas mediante métodos de integración implícitos[43].

En definitiva, el Derecho Internacional funciona como un sistema abierto de fuentes interrelacionadas que, cuando se presentan varias normas sobre un mismo asunto, deben interpretarse de forma armónica para que estas puedan coexistir[44]. En los próximos párrafos, se analizará si la protección diplomática puede armonizarse con la existencia de derechos sustantivos para el inversionista extranjero.

La cuestión de fondo que está pendiente dilucidar es si la conducta debida por un Estado, en consideración de las protecciones sustantivas, tales como el trato justo y equitativo, es directa o indirectamente exigible por el inversionista. En otras palabras, la discusión recae en determinar si el inversionista tiene un derecho subjetivo que le obliga al Estado receptor realizar o abstenerse de una determinada conducta o si este funge como un representante de los intereses del Estado del cual es nacional. El profesor Zachary Douglas, autor seminal en esta problemática, plantea que existen dos modelos que proveen una respuesta: el directo y el derivativo[45].

3.2.1. El modelo derivativo

El modelo derivativo, en síntesis, reafirma la aplicación de las reglas de la protección diplomática a las reclamaciones relativas al inversionista extranjero. Esta tesis sostiene que el inversionista, al carecer de la aptitud de ser titular de derechos en el plano internacional, se "ubica en los zapatos del Estado del cual es nacional para accionar en nombre de este"[46]. Por lo tanto, actúa como una suerte de mandatario que reclama por las obligaciones que el Estado receptor de su inversión ha contraído con el Estado de su nacionalidad. Bajo el modelo derivativo, el inversionista carece de legitimación procesal activa para entablar una reclamación y, por lo tanto, su Estado protector le autoriza ejercer su *ius standi* para así poder accionar en el plano internacional[47].

43 Traducción libre. Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *APPL c. Sri Lanka*. Laudo Final, 27 de junio de 1990, párr. 21.

44 Traducción libre. United Nations International Law Comission. "Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law". *Yearbook of the International Law Commission* II (2006), p. 3.

45 Douglas, Zachary. "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". *British Yearbook of International Law* 74/1 (2004), p. 163.

46 Traducción libre. Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 10.

47 *Ibid*.

Detrás de la formulación del modelo derivado se encuentran claramente la concepción clásica de la protección diplomática estudiada anteriormente. En particular, se entiende que el daño producido contra un ciudadano es un daño contra el Estado de su nacionalidad que da lugar a una reclamación bajo el Derecho Internacional público[48]. Este fue el criterio adoptado por los mecanismos de protección del extranjero durante las primeras décadas del siglo XX. Un ejemplo notable de este mecanismo fue la Comisión General de Reclamaciones establecida por la Convención entre México y Estados Unidos del 8 de septiembre de 1923. El artículo séptimo del tratado determina que son solo los Estados quienes tienen la legitimación activa para presentar una reclamación ante la comisión[49]. Por lo tanto, el extranjero perjudicado debía acudir primero a su Estado para que este ligara su diputa y la elevara como reclamación internacional.

El caso *Loewen Group c. Estados Unidos de América* de 2003 es considerado el precedente seminal que apoya la tesis derivativa bajo los arbitrajes inversionista-Estado. Se trata de un arbitraje iniciado al amparo del capítulo once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLCAN) en el cual un tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI) aceptó la argumentación esbozada por el Estado demandado con respecto al requisito de nacionalidad. En ese contexto, el tribunal hace la siguiente precisión:

Las acciones en el derecho privado nacen de las obligaciones personales creadas bajo el derecho interno y ejecutables por tribunales y cortes domésticas. Las pretensiones bajo el TLCAN tienen una naturaleza diferente, partiendo de una esquina del derecho internacional público donde, mediante tratado, la potestad de los Estados de adoptar medidas internacionales destinadas a corregir los infortunios causados a sus nacionales ha sido remplazada por una definición específica de una determinada clase de infortunios aparejados con medios de reparación especiales[50].

Cabe mencionar que, durante el transcurso del proceso arbitral, México ejerció la facultad contemplada en el artículo 1128 del TLCAN y presentó una memoria sobre la interpretación del tratado[51]. En su presentación, México consideró que la protección al inversionista extranjero se encuentra enmarcada dentro del Derecho aplicable a la protección diplomática. Además, enfatizó que “el derecho de acceso directo conferida en la sección B del TLCAN no altera de ninguna forma la interpretación de los derechos y las obligaciones sustantivas que existen entre los Estados en el plano internacional”[52].

48 *Id.,* p. 14.
49 Convención entre México y Estados Unidos (1923). Artículo 7.
50 Traducción libre. Tribunal CIADI. *The Loewen Group c. Estados Unidos de América*. Laudo Final, 26 de junio de 2003, párr. 233.
51 “Previa notificación escrita a las partes contendientes, una Parte podrá presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación de este Tratado” (Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994). Artículo 1128).
52 Traducción libre. Tribunal CIADI. *The Loewen Group c. Estados Unidos*. Tercera Presentación de México bajo el Artículo 1128, 2 de julio de 2002, p. 8.

En síntesis, el tribunal del caso *Loewen* sostuvo que las reglas procedimentales de la protección diplomática se ven alteradas en las pretensiones amparadas bajo un tratado de protección de inversión, pero no la relación jurídica sustantiva donde dicha reclamación se fundamenta. "No existe justificación para la trasposición de reglas del Derecho privado al Derecho Internacional donde los actores están permitidos por conveniencia, ejecutar derechos que, en su origen, les corresponden a los Estados parte"[53]. Sin embargo, el mismo tribunal parece adoptar una posición ambigua en párrafos precedentes, cuando señala que la protección a la inversión en el TLCAN constituye desarrollo progresivo del Derecho Internacional que confiere capacidad para obrar al inversionista para reclamar por sus propios derechos[54].

Sin perjuicio de esa posible contradicción, la tesis del caso *Loewen* parece ser del mismo criterio contemplado en el artículo 27 del Convenio CIADI, el cual prohíbe el ejercicio de la protección diplomática sobre controversias que pueden ser o se han sometido a arbitraje bajo el amparo de dicho instrumento[55]. Este precepto implícitamente equipara esta institución con el arbitraje inversionista-Estado al punto que el Estado del inversionista reclamante se ve impedido de ejercerla sobre la misma disputa.

En el caso *HICEE B.V c. Eslovaquia*, el tribunal también optó por adoptar el modelo derivativo. El tribunal realizó un breve análisis de las partes obligadas bajo el tratado de promoción y protección de inversiones entre los Países Bajos y Eslovaquia. Este ejercicio fue elaborado en el contexto de decidir la admisibilidad de las notas explicativas de los Países Bajos como medio complementario de interpretación en aplicación del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El tribunal concluyó que, aunque los Países Bajos no era una parte directa del proceso arbitral, la interpretación del tratado contenida en las notas es oponible frente al inversionista[56]. Además, añade: "Esto no puede significar que la decisión arbitral sea vinculante únicamente para los Estados y que no surta efectos sobre un inversionista cuya reclamación deriva de los derechos procurados por uno de los Estados"[57].

3.2.2. El modelo directo

Por su parte, el modelo directo presupone la personalidad jurídica internacional del inversionista extranjero[58]. Este argumento difiere extensamente de los principios de la protección diplomática pues considera que el inversionista goza de derechos sustantivos que pueden ser tutelados bajo el Derecho Internacional.

53 *Id.*, párr. 233.
54 *Ibíd.*
55 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados CIADI (1966). Artículo 27.
56 Traducción libre. Tribunal CPA. *HICEE B.V c. Eslovaquia*. Laudo parcial, 23 de mayo de 2011, p. 59.
57 *Ibíd.*
58 Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims. Óp. cit.*, p. 32.

Como fue estudiado en el título anterior, la viabilidad jurídica de dicha proposición ya ha sido contemplada bajo el Derecho Internacional general.

Como se mencionó anteriormente, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconoció la viabilidad de que las personas sean sujetos de imputación normativa bajo el Derecho Internacional. En un caso más reciente, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales adoptó el mismo criterio al resolver sobre el *challenge* del laudo arbitral en el caso *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador*. La Corte, con el fin de determinar su competencia bajo la doctrina de *non-justiciability*, debía analizar si los derechos discutidos en el proceso arbitral le pertenecían al inversionista o a su Estado[59]. Confirmando la decisión inferior en favor del Estado ecuatoriano, los jueces determinaron que, en el Derecho Internacional moderno, se pueden crear derechos para los individuos mediante tratado y estos pueden ser directamente titulados en el plano internacional[60]. Además, refiriéndose al tratado bilateral de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, el tribunal concluyó que "del lenguaje [del tratado] es claro que los nacionales afectados o sus compañías pueden reclamar directamente para su propio beneficio"[61].

En el contexto del TLCAN, se han dictado dos decisiones que son particularmente esclarecedores en esta disyuntiva. En el caso *Corn Products International Inc c. México*, el tribunal consideró el argumento de México sobre las contramedidas como excepción al incumplimiento del capítulo once del tratado[62]. El inversionista sostuvo que un impuesto sobre las bebidas azucaradas violaba las protecciones sustantivas del Tratado[63]. México, por su parte, argumentó que el impuesto consistía en una contramedida frente restricciones impuestas por los Estados Unidos a las exportaciones mexicanas, medidas que violaban otras disposiciones del Tratado[64].

El tribunal arbitral no encontró el argumento de las contramedidas persuasivo, ya que consideró que el capítulo once del TLCAN da lugar a derechos individuales para los inversionistas de los Estados parte[65]. En ese sentido, determinó que las contramedidas pueden purgar la ilicitud del incumplimiento frente a los Estados Unidos, pero no frente a la compañía accionante[66]. El tribunal precisó que la protección diplomática:

59 Traducción libre. Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales. *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*. Sentencia, 9 de septiembre de 2005, p. 2.

60 *Ibíd*., p. 11.

61 *Ibíd*., p. 12.

62 Las contramedidas es una institución regulada por las reglas de la costumbre internacional por la cual, un Estado puede suspender el cumplimiento de una obligación internacional cuando su contraparte a su vez ha incumplido otra obligación. *vid*. Crawford, James. "Counter-Measures as Interim Measures". *European journal of International Law*, Volume 5, Issue 1 (1994), pp. 65-76.

63 Braun, Tillmann. "Globalization-Driven Innovation". *Óp cit.*, pp. 78-79.

64 *Ibíd*.

65 Traducción libre. Tribunal CIADI. *Corn Products International INC. c. México*. Laudo sobre responsabilidad, 15 de enero de 2008, párr. 168.

66 *Ibíd*.

> era una ficción necesaria porque procedimentalmente, solo un Estado podía llevar una reclamación internacional, pero no reflejaba la realidad sustantiva demostrada en la doctrina y también en varias reglas de derecho en el contexto de demandas de [esta][67].

En un desenlace similar a la sentencia del Tribunal de Apelación Inglés, el tribunal concluyó que el lenguaje del capítulo once del TLCAN indica la intención de configurar derechos sustantivos para el inversionista.

Para alcanzar esta conclusión, el tribunal esbozó dos reglas donde se evidencia a la protección diplomática como una ficción meramente procedimental. La primera se trata de la regla del agotamiento de los recursos internos. La costumbre internacional exige el agotamiento de los recursos internos únicamente cuando un Estado lleva una reclamación por medio de la protección diplomática en favor de su nacional, pero no cuando demanda por el incumplimiento de una obligación directamente debida a este[68]. El tribunal sostuvo que, si ambos derechos le pertenecerían al Estado no habría necesidad de realizar esa distinción[69].

La segunda regla se refiere a la nacionalidad continua por la cual, se requiere que la persona protegida mantenga la nacionalidad del Estado protector hasta la expedición de la decisión. Los árbitros concluyeron que, si el derecho demandado le correspondería al Estado evidentemente, no importaría la nacionalidad de la persona a la fecha de la decisión ya que este sería el único acreedor de la prestación debida[70].

Finalmente, en el caso *Cargill Inc. c. México*, el tribunal también desechó la argumentación de México sobre las contramedidas como excusa del incumplimiento a las protecciones sustantivas para el inversionista[71]. El tribunal sostuvo que, así como las contramedidas no sirven de justificación del incumplimiento frente a terceros Estados, tampoco sirve para justificar su incumplimiento frente al inversionista[72].

> El hecho que una contramedida legítima contra Estados Unidos probablemente afectará a nacionales de ese país no significa que necesariamente provoque efectos jurídicos sobre las obligaciones que se tienen directamente con nacionales de Estados Unidos en un foro destinado a abordar diferencias referentes a esos derechos[73].

En consecuencia, el tribunal identificó que la titularidad de los derechos contenidos en el capítulo once del TLCAN le pertenece al inversionista y este tiene a su vez, la capacidad procesal de reclamarlos en el foro del arbitraje inversionista-Estado.

---

67 *Id.*, párr. 169.
68 *Id.*, párr. 170-172.
69 *Ibíd.*
70 *Ibíd.*
71 Gourgourinis, Anastasios. "The Nature of Investor's Rights under Investment Treaties: A Comment on Paparinskis' "Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility". *The European Journal of International Law* 24/2 (2013), pp. 617-647.
72 Tribunal Arbitral CIADI. *Cargill Incorporated. c. México*. Laudo, 18 de septiembre de 2009, p. 139.
73 *Id.,* párr. 422.

La evidencia parece indicar que, bajo el régimen de los tratados de inversión, el inversionista extranjero goza de personalidad jurídica internacional. Esto debido a que no existen limitaciones jurídicas a la posibilidad de consagrar mediante tratado, derechos para los particulares[74]. Por lo tanto, el lenguaje contenido en estos tratados indica que los compromisos alcanzados por los Estados parte se los deben directamente al inversionista extranjero. Además, las propias reglas de la protección diplomática evidencian diferencias en la titularidad de los derechos debidos a un individuo y los debidos a un Estado.

Los propios tratados de protección a la inversión consagran un medio procesal que otorga capacidad de ejercicio a la persona en el plano internacional con el fin de hacer efectivos dichos compromisos. La jurisprudencia que abraza la tesis derivativa sugiere que esta capacidad de obrar solo ha sido delegada por el Estado al inversionista en una aplicación indirecta de la protección diplomática. Esta tesis, congruente con el modelo adoptado por las comisiones generales de reclamación, no parece encajar dentro de los métodos inversionista-Estado de solución de disputas donde el inversionista reclama por sus propios derechos. Bajo esta premisa, la protección diplomática, concebida para subsanar la incapacidad de ejercicio de la persona, se ve superada por los mecanismos procesales establecidos en los propios tratados de protección a la inversión.

3.3. Ciertas expresiones unilaterales de voluntad como fuente de derechos para el inversionista extranjero

Se ha concluido que nada obsta que, de un tratado de inversión, se desprendan derechos para los particulares, aunque las partes sean únicamente Estados soberanos. La cuestión que se debe explicar ahora es si lo mismo puede ocurrir de un acto donde concurre la voluntad de un solo Estado. El acto unilateral no se encuentra entre las fuentes del Derecho Internacional enlistadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ. Sin embargo, un considerable cuerpo jurisprudencial y doctrinario lo ha considerado como tal[75]. En el régimen de la protección de la inversión, se ha estimado la posibilidad que un Estado se obligue bajo el Derecho Internacional a otorgar ciertas protecciones y beneficios al inversionista extranjero mediante un acto normativo interno[76]. A continuación, se analizará la viabilidad de que el inversionista extranjero goce de derechos individuales en el plano internacional provenientes de un acto unilateral.

74 De manera general, los Estados son libres de establecer, de mutuo acuerdo, las condiciones para la creación, vigencia y terminación de derechos y obligaciones en los tratados que celebren, *vid*. Roberts, Anthea. "Triangular Treaties: The Nature and Limits of Investment Treaty Rights". *Harvard International Law Journal* 56 (2015), pp. 353-417.

75 Los actos unilaterales son declaraciones de voluntad de un Estado que producen efectos jurídicos bajo el Derecho Internacional, *vid*. Cedeño, Víctor, y Torres, Isabel. *Unilateral Acts of States in International Law*. En: Wolfrum, Rüdiger. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law. 2nd Revised edition*. Oxford: OUP, (2012), par.1.

76 Caron, David. *The Interpretation of National Foreign Investment Laws as Unilateral Acts under International Law*, p. 649. En: Wiessner, Sigfried, Sloane, Robert, y Cogan, Jacob. *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*. Berkley: University of California, 2011.

La expresión unilateral de voluntad como fuente de obligaciones internacionales ha sido invocada exitosamente en diversos casos frente a la CIJ[77]. En la decisión relativa a los Ensayos Nucleares, la Corte determinó que Francia se había obligado unilateralmente, mediante una serie de pronunciamientos a abstenerse de realizar nuevos ensayos nucleares atmosféricos en el Pacífico Sur. La Corte manifestó que:

> Es reconocido que las declaraciones realizadas mediante actos unilaterales en relación con situaciones jurídicas o fácticas pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. […] [E]l Estado se encuentra legalmente requerido de seguir una conducta consistente con la declaración[78].

La CIJ sostiene además que la observancia del deber de buena fe implica necesariamente la obligatoriedad de las declaraciones unilaterales realizadas con la intención de que surtan efectos jurídicos. "Así como la regla *pacta sunt servanda* en el Derecho de los tratados se encuentra basada en la buena fe, también así el carácter vinculante de una obligación internacional adquirida mediante una declaración unilateral"[79].

La Comisión de Derecho Internacional, en sus conclusiones sobre los actos unilaterales de los Estados, puntualizó varios principios para guiar en la determinación del carácter vinculante de estos[80]. El primer principio establece que las declaraciones públicas, independientemente del instrumento que las contiene, son vinculantes cuando manifiestan la intención del Estado de verse obligado[81]. Esto no quiere decir que el Estado deba exteriorizar de forma expresa dicha intención. De acuerdo con el tercer principio, para fijar los efectos jurídicos de una declaración unilateral de voluntad, se debe tomar en cuenta además de su contenido, el contexto en el cual fue hecha y las reacciones que generó[82]. Adicionalmente, la comisión señala que, en el examen para establecer si la revocación de un acto unilateral es arbitraria, debe analizarse, entre otros, la trascendencia que ha tenido para los beneficiaros, los derechos conferidos por el acto[83]. Este principio se complementa con la doctrina del *estoppel* por la cual los Estados están impedidos de adoptar una conducta contraria a sus propios actos[84].

El deber de buena fe, bajo la doctrina del *estoppel*, proscribe que un Estado adopte una conducta contraria a las expectativas que sus actos anteriores han generado a otra parte[85]. Por lo tanto, existe una infracción a este deber de coherencia que

---

77 *Id.*, p.653.
78 Traducción libre. CIJ. *Caso Relativo a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia)*. Sentencia, 20 de diciembre de 1974, p.18.
79 *Id.*, p. 19.
80 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. *Actos Unilaterales de los Estados: Documento A/CN.4/569 y Add.1*. Noveno informe sobre los actos unilaterales de los Estados del Sr. Víctor Cedeño, Relator Especial, 6 de abril de 2006.
81 *Ibíd.*
82 *Ibíd.*
83 *Ibíd.*
84 Reisman, Michael, y Arsanjani, Mahnoush. "The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes". *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 19/2 (2004), pp. 339-340.
85 *Ibíd.*

la buena fe impone si una persona ha sufrido perjuicios por emprender una conducta que, bajo las expectativas generadas por el Estado, iban a ser beneficiosas[86].

Los Estados, con la finalidad de atraer el capital extranjero, están incentivados a legislar regímenes que otorgan ciertas protecciones al inversionista y que garanticen estabilidad para la inversión. Así, los Estados compiten entre sí para determinar el clima de inversión más atractivo[87]. De tal forma que el régimen previsto para el inversionista extranjero en el Derecho interno puede ser visto como un acto unilateral del Estado que genera en el inversionista ciertas expectativas que influyen en su decisión de invertir.

Cumplidos los requisitos exigidos para que se configure un acto unilateral generador de derechos en el plano internacional, los mismos pueden ser exigibles por el inversionista extranjero. Como sostienen Reisman y Arsanjani, los tratados bilaterales de inversión proveen una protección mínima al inversionista que puede ser ampliada por el Estado receptor bajo su legislación interna[88]. Por lo tanto, los compromisos que el Estado asume con el inversionista en su Derecho interno configuran obligaciones internacionales para este[89]. El tribunal arbitral del caso *CMS Gas Transmission c. Argentina*, al determinar su competencia, estableció que:

> [C]uestiones sobre política económica general no relacionadas directamente con la inversión, a diferencia de medidas específicamente dirigidas a las operaciones del negocio en cuestión, estarían normalmente fuera de la jurisdicción del Centro. Sin embargo, se puede establecer una relación directa si esas medidas generales son adoptadas en contravención de compromisos específicos asumidos con el inversionista en tratados, legislación o contratos[90].

A diferencia de las obligaciones que nacen mediante tratado en que está presente la voluntad soberana de dos o más Estados, los actos unilaterales dan lugar al nacimiento de compromisos directos del Estado con el inversionista, sean de carácter general o particular. De tal forma que el inversionista se ve beneficiado de una serie de condiciones jurídicas que tienen la intención de crear un clima apropiado para atraer capitales extranjeros. Una vez verificados los presupuestos mencionados para que un determinado acto unilateral surta efectos jurídicos, es claro que el inversionista goza de los derechos creados mediante dicho acto. Por tanto, si el Estado se ha obligado a otorgar ciertas condiciones para el inversionista, no puede desconocerlas sin incurrir en una infracción del deber de coherencia que impone la buena fe.

86 *Ibíd.*
87 Caron, David. *The Interpretation of National Foreign Investment Laws. Óp. cit.*, p. 449.
88 Reisman, Michael, y Arsanjani, Mahnoush. "The Question of Unilateral Governmental Statements". *Óp. cit.*, p. 340.
89 *Id.*, p. 341.
90 Traducción libre. Tribunal Arbitral CIADI. *CMS Gas Transmission c. Argentina*. Decisión sobre jurisdicción, 17 de julio de 2003, párr. 27.

4. Conclusiones

El cambio de paradigma en cuanto a los sujetos que intervienen en el Derecho Internacional público desemboca en una serie de consecuencias cuya discusión no ha sido agotada. Aunque el Derecho Internacional sigue preocupándose en gran medida de las relaciones entre Estados, es innegable la importancia que, en menos de un siglo, ha venido a ocupar el individuo.

La jurisprudencia ha sido clara en manifestar la libertad de los Estados de obligarse a cumplir determinados compromisos bajo el Derecho Internacional cuyos beneficiarios directos sean los individuos. Adicionalmente, la natural incapacidad de actuación de los individuos ha sido progresivamente subsanada con la creación de regímenes especiales, notablemente, en materia de derechos humanos y de protección a la inversión. Sin embargo, cabe reiterar que esto no significa que la persona posea una capacidad de ejercicio de carácter general, ya que subsiste la necesidad de mecanismos especiales que así la contemple. En ese sentido, la existencia de la personalidad jurídica internacional del individuo debe ser evaluada conforme a las reglas especiales del régimen donde este actúa.

Este cambio de paradigma se manifiesta con mayor fuerza en la *lex specialis* de la protección a la inversión extranjera. La protección diplomática fue, durante un largo período, el principal medio por el cual, los individuos podían, de manera indirecta, verse beneficiados de una reclamación bajo el Derecho Internacional. Las comisiones generales de reclamaciones son una evidencia de la consagración de este mecanismo, donde subsiste la incapacidad procesal del individuo en el plano internacional. Con el advenimiento de los tratados de promoción y protección de inversiones, se observa un salto cualitativo en esta materia. Los mecanismos de solución de disputas inversionista-Estado pasan a suplir a la protección diplomática como el medio procedimental para el ejercicio de derechos creados en el plano internacional. Actualmente, el nacional cobijado por un tratado de inversión goza de la capacidad para obrar que le permite iniciar reclamaciones, donde el Derecho aplicable es el Derecho Internacional.

Finalmente, la aptitud de la persona de ser titular de derechos internacionales se extiende en aquellos compromisos asumidos por los Estados de manera unilateral. Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han reconocido el carácter vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad, cuando reflejan la intención del Estado de verse obligado. En síntesis, las protecciones ofertadas para el inversionista extranjero en instrumentos normativos de Derecho interno, con el fin de atraer capitales extranjeros, tienen la aptitud de ser potencialmente exigibles internacionalmente. En el pasado, al menos un tribunal arbitral ha reconocido su competencia, sobre la base de un tratado de protección de la inversión, de conocer sobre las obligaciones asumidas mediante un acto unilateral

del Estado receptor. Esto refleja, en principio, que la capacidad para obrar del inversionista extranjero puede extenderse a derechos cuya fuente no sea un tratado. Queda pendiente, sin embargo, analizar en el futuro la subsecuente práctica de los Estados y tribunales en esta materia.

EXPERTISE

abogados & consultores

Que nuestros clientes alcancen sus objetivos es nuestra misión. Estamos organizados en áreas especializadas en las ramas más importantes del derecho, ***para brindar servicios integrales, personalizados, eficientes y certeros,*** sustentados en principios y valores.

- Administrativo y Contratación Pública
- Civil y Sucesorio
- Comercial y Corporativo
- Contratos Especiales
- Energía, Minería y Medio Ambiente
- Implementación de Asociaciones Público – Privadas
- Aduanero
- Comercial internacional y Arbitraje de inversiones
- Constitucional
- Dispute Board
- Estructuración de Proyectos
- Inmobiliario
- Laboral
- Migratorio
- Propiedad Intelectual y Regulatorio
- Recuperación Judicial y Extrajudicial de Cartera
- Solución Alternativa de Conflictos, Arbitraje y Litigios

Relación jurídica entre la muerte presunta y la desaparición forzada según el Código Civil

Abg. Robert Friend Macías, Mtr
Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Campus Samborondón, Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: robertfriendm@gmail.com; robertfriend@uees.edu.ec

Abg. María Cristina Naveda Vera
Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES), Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: cristina_naveda@hotmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen
La presente investigación analiza la relación entre la muerte presunta y la desaparición forzada de personas mediante el estudio del antecedente histórico, características, efectos y procedimientos de estas instituciones jurídicas. Además, se analizarán el caso Restrepo y el caso Fybeca desde la perspectiva de la muerte presunta para demostrar que los informes adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declaran el derecho a indemnización económica a las familias de las víctimas objeto de desapariciones forzadas, no implican la declaratoria de muerte presunta en el ámbito civil. Finalmente, se analizará la situación presentada en las últimas elecciones efectuadas en Ecuador respecto de los hermanos Restrepo y su inclusión en el padrón electoral.

Palabras clave
Muerte presunta, ausencia, desaparición forzada, Restrepo, Fybeca.

Legal relationship between presumed death and enforced disappearance according to the Civil Code

Abstract
This research analyzes the relationship between presumed dead and forced disappearance of persons by studying the historical background, characteristics, effects and procedures of these legal institutions. In addition, the "Restrepo" case and the "Fybeca" case will be analyzed from the perspective of presumed death to demonstrate that the reports adopted by the Inter-American Commission on Human Rights declare the right to financial compensation to the families of the victims forced disappearances, do not imply the declaration of presumed death in the civil sphere. Finally, the situation presented in the last elections held in Ecuador regarding "The Restrepo brothers" and their inclusion in the electoral register will be analyzed.

Keywords
Presumed death, absence, forced disappearance, Restrepo, Fybeca.

1. Introducción

La muerte de la persona natural es un hecho jurídico inevitable del cual nadie está liberado y que es parte del proceso biológico del hombre. A pesar de lo anterior, existen circunstancias en las cuales no se sabe si una persona ha muerto, como por ejemplo en los casos de las personas desaparecidas de las cuales no se llega a tener noticias de su existencia o de las que hayan estado en un acontecimiento peligroso del cual son pocas las probabilidades de que estén con vida. En razón de estos acontecimientos, se ha hecho necesario que los ordenamientos jurídicos incluyan la institución jurídica de la muerte presunta para declarar de forma ficticia el fallecimiento de una persona natural.

Por otra parte, es importante diferenciar la figura de la muerte presunta con los casos de desaparición forzada en los que existen informes por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto en la primera, sí se establece una muerte ficticia y pone fin a la existencia de la persona natural; en cambio, en el segundo, a pesar de existir una condena al Estado responsable de la desaparición forzada, no significa por ello que se declare de pleno derecho la muerte de una persona natural.

El presente trabajo se centrará en analizar los orígenes históricos, características, procedimientos, juez competente, efectos de las diferentes etapas de la figura jurídica de muerte presunta así como el análisis de la vía idónea para declarar la muerte presunta en los casos de desaparecimiento forzado tomando como referencia dos acontecimientos conocidos públicamente en Ecuador: Caso Restrepo y Caso González y otros (Fybeca).

2. Antecedentes históricos de la muerte presunta

En el Derecho romano, no se reguló una institución jurídica similar a la muerte presunta. En aquella época, funcionaba un sistema de libertad de apreciación judicial, mediante el cual el juez consideraba muerto al ausente en virtud de los elementos de juicio presentados por quien alegaba derechos resultantes de la muerte. Mientras que en el antiguo Derecho germánico, los tribunales tenían facultad para dictar la "declaración de muerte" a petición de parte en virtud de ausencias que variaban entre los cinco y veinte años, pero este término quedaba disminuido cuando el ausente tuviera edad avanzada entre los setenta y cien años[1].

Desde el Derecho romano, ya existía el *curator bonorum absentis,* quien se encargaba de cuidar los bienes del ausente y también se le permitía que, en la fecha que este cumpliera 100 años, podía ejercer la *actio hereditatis petitio.* En el Derecho

1 *Cfr*. Tobías, José. *Fin de la existencia de las personas físicas.* Buenos Aires: Astrea, 1998, pp. 109-111.

germánico, era distinto, ya que, en un corto tiempo, se establecía la declaración de fallecimiento del desaparecido[2].

En el Derecho francés, se ignoró lo referente a la declaración de muerte acogida por el Derecho germánico. El Código Napoleónico instauró la regulación de la "ausencia" de la persona sin vincularla con su posible muerte, por lo que el ausente no era considerado fallecido y la declaración no establecía un supuesto de extinción de la personalidad jurídica. Sin embargo, los efectos de la ausencia con relación a los bienes se asemejaban a los de la muerte[3].

En las legislaciones antiguas, las materias tanto de ausencia como la de muerta presunta, fueron deficientes a tal punto que con el transcurso del tiempo, los diferentes ordenamientos jurídicos las fueron normando y sistematizando. El poco aporte del legislador respecto a la institución jurídica de muerte presunta se justifica porque en aquella época era extraño el caso de desaparecimiento de una persona. En la actualidad con la rapidez y facilidad que existe en las comunicaciones, no es normal que una persona se ausente de su domicilio por largo tiempo o que deje abandonado su hogar, sus intereses, y no tenga contacto con su familia, por lo que aumenta la probabilidad que esa persona haya fallecido[4].

3. Relación jurídica entre ausente y desaparecido según la doctrina

En la institución jurídica de la muerte presunta, siempre hay que hacer una diferenciación en cuanto a los términos usados entre ausente, desaparecido y no presente. Larrea, citando a Planiol y Ripert los distingue con claridad de la siguiente manera:

> El ausente es la persona cuya existencia no es posible establecer por ningún hecho y cuya muerte no puede ser probada. El desaparecido es el que ha cesado de vérsele a partir de un accidente o catástrofe en la que tiene toda la probabilidad que haya muerto. El no presente es el que se encuentra alejado de un lugar determinado, pero sobre cuya existencia no hay dudas[5].

Estas terminologías no siempre son constantes y varían según las legislaciones. Por ejemplo, la ley colombiana (al igual que la francesa) utiliza los vocablos "ausencia" y "desaparición" para referirse a lo mismo, ya sea para la persona desaparecida así como para el individuo que no se encuentra en su domicilio. Se considera ausente a la persona que se ha ido y no se sabe dónde se encuentra, abandonando sus negocios y demás asuntos de interés y, si la ausencia se prolonga por bastante tiempo, se pensaría que ha muerto[6].

2 *Cfr*. Espinoza, Juan. *Derecho de las personas.* Volumen I. Sexta ed. Lima: Iustitia, 2012, p. 957.
3 *Cfr*. Tobías, José. *Fin de la existencia de las personas físicas*. *Óp. cit.*, p. 111.
4 *Cfr*. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 257.
5 Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. Volumen I. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, p. 365.
6 *Cfr*. Medina, Juan. *Derecho Civil.* Primera ed. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, p. 464.

Castro, citando a Salvat, manifiesta que la palabra ausencia se emplea en el Derecho para distintos significados: a) cuando una persona no se encuentra en un lugar determinado; b) cuando el individuo no comparece a tomar intervención en un juicio en el cual está interesado; c) cuando el sujeto ha abandonado su domicilio sin que se tenga noticias de él después de haber transcurrido cierto tiempo, de tal manera que no se conozca si está vivo o muerto[7].

Por su parte, Cabanellas indica que "la desaparición constituye una de las fases de la ausencia, justamente la que pone en marcha todo el dispositivo legal que puede conducir incluso a la declaración de muerte y la sucesión universal de una persona"[8]. La desaparición muchas veces ocurre en circunstancias tales como un naufragio, un hecho de guerra, peligro inminente para la vida, de los cuales, pasado cierto tiempo sin recibir noticias del desaparecido, lo más probable es que haya fallecido[9].

Los términos desaparición y ausencia se relacionan con la presunción de muerte, ya que, para que exista una declaración de muerte presunta, previamente debe existir una condición imprescindible, que es la ausencia o desaparición del individuo.

La doctrina ecuatoriana difiere del término "ausente" expuesto por Planiol y Ripert, ya que dicho concepto se asimila a lo que en la ley se refiere como desaparecido[10]. El Código Civil ecuatoriano confunde el término ausente con desaparecido al contener, en su artículo 66, la siguiente definición: "[S]e presume muerto el individuo que ha desaparecido, ignorándose si vive y verificándose las condiciones que van a expresarse"[11].

Importante es manifestar que, según los casos o vías que existen para la declaratoria de muerte presunta en el Código Civil ecuatoriano, la postura que se mantiene en el presente trabajo es que lo correcto es utilizar el término "ausente" para el caso general de muerte presunta de diez años o de la persona que ha cumplido ochenta años y el término "desaparecido" para el caso especial de muerte presunta de seis meses según las definiciones aportadas por Planiol y Ripert en líneas anteriores, ya que en este último caso, las posibles situaciones en las que se desencadenó la desaparición, tornarían imposible que una persona pueda sobrevivir, como por ejemplo: una catástrofe, guerra, incendio, naufragio[12].

De tal manera, se concluye que la muerte presunta es una institución jurídica declarada por sentencia judicial, mediante la cual se regula las relaciones con terceras personas, considerando muerta a una persona que ha estado ausente o

7 Castro, Jorge. *Manual de Derecho Civil.* Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2010, p. 78.
8 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Volumen III. Buenos Aires: Heliasta S.R.L, 2009, p. 185.
9 *Cfr*. Borda, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*. Volumen I. Decimotercera ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, pp. 263-264.
10 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 366.
11 Código Civil Ecuatoriano. Artículo 66. Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005.
12 Rabinovich, Ricardo. *Derecho Civil.* Segunda ed. Buenos Aires: Astrea, 2013, p. 332.

desaparecida, asumiendo que, por el hecho de no tener noticias de ella por un período de tiempo, lo más probable es que haya fallecido[13].

3.1. Juez competente de la declaración de muerte presunta

El trámite judicial para la declaración de muerte presunta debe realizarse por el juez del último domicilio que haya tenido el desaparecido o ausente en Ecuador, según establece el artículo 67 numeral 1 del Código Civil ecuatoriano, el cual indica que debe justificarse que se desconoce el paradero de la persona desaparecida o ausente y que se han hecho las diligencias necesarias para averiguarlo[14].

La ley refiere que ese domicilio debe ser general más no especial. Se debe precisar que el juez del último domicilio que haya tenido el desaparecido o ausente en Ecuador será competente en los siguientes casos: (i) cuando el desaparecido o ausente no haya adquirido otro domicilio conocido en el extranjero, luego de haberlo tenido en Ecuador; (ii) cuando el desaparecido o ausente sea ecuatoriano y tenga cónyuge o parientes ecuatorianos; y, (iii) cuando se le atribuye competencia a jueces ecuatorianos en virtud de tratados internacionales o de remisión de otra ley extranjera; es decir, que tiene competencia el juez ecuatoriano, a pesar que el desaparecido o ausente haya tenido su último domicilio en el exterior[15].

La declaración de muerte presunta efectuada por el juez competente tiene validez extraterritorial; así lo determina el artículo 83 del Código Sánchez Bustamante. En otras palabras, también origina efectos fuera del Estado en que se declaró la muerte presunta, siempre y cuando ese país reconozca la extraterritorialidad para que surta efectos[16].

3.2. Etapas del proceso de la declaración de muerte presunta

En la declaración de muerte presunta debe seguirse un proceso legal que finaliza con una sentencia emitida por un juez de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia. Esta declaración se origina por el tiempo de desaparición o ausencia de una persona, si se encuentra ausente por largo tiempo de su domicilio, si la desaparición se produjo a raíz de un accidente o peligro inminente y respecto a la edad que tenía la persona en el momento de su ausencia. Ante estos sucesos, se solicita la presunción de muerte al término de un determinado plazo, cuyo efecto es la fijación de la fecha a partir de la cual se considera que ha ocurrido la muerte[17].

El proceso se puede clasificar en tres tipos:

---

13 *Cfr.* Larrea, Juan. Derecho Civil del Ecuador. *Óp. cit.*, pp. 366-367.
14 Código Civil Ecuatoriano. Registro Oficial 46 del 24 de junio de 2005. Artículo 67.
15 *Cfr.* Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 368.
16 Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante (2005). Artículo 83.
17 *Cfr.* Parraguez, Luis. *Manual de derecho civil ecuatoriano*. Volumen I. Tercera ed. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1998, pp. 64-65.

1. El caso general del ausente en el cual se requiere que transcurran por lo menos dos años desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieron de la persona ausente. Transcurridos los dos años y de haberse cumplido las debidas formalidades concernientes a la citación del ausente, el juez está facultado para declarar la muerte presunta y fijará el día presuntivo de la muerte un año después a partir de la fecha de sus últimas noticias[18].

2. El caso especial del desaparecido se da cuando, a raíz de un accidente o circunstancias constitutivas de peligro de muerte, la persona desaparecida se hubiera encontrado presente en una guerra, naufragio, que desde ese momento no se ha tenido noticias y han transcurrido seis meses, habiéndose practicado las debidas citaciones, por lo tanto es casi cierta la muerte de la persona y el juez debe fijar como fecha presuntiva de muerte el día que ocurrió el hecho y, si no es clara esa fecha, fijará una intermedia entre el principio y el fin de la época en que ocurrió el acontecimiento[19].

3. El caso de la persona desaparecida que haya cumplido ochenta años desde su nacimiento en el cual se considera a las personas que, por tener una edad avanzada, no tienen la misma fuerza física y capacidad de supervivencia que una persona de veinte años, por lo que, si no se tiene noticias dentro de un tiempo determinado, se podrá solicitar la declaración de muerte presunta siempre que hayan transcurrido por lo menos tres años desde la fecha cuando se tuvieron las últimas noticias del desaparecido[20]. El caso de la persona que ha cumplido ochenta años podría considerarse como un caso especial en razón de que se declara la posesión definitiva en vez de la provisional al momento de verificarse la edad de ochenta años en esta etapa.

3.3. Efectos de la declaración de muerte presunta

Una vez declarada la muerte presunta, y en ciertos casos, desde antes, se producen algunos efectos que tienden a velar por los intereses del ausente o desaparecido, intereses de terceros interesados en la declaratoria y, si es el caso, los de la sociedad conyugal. La muerte presunta en su generalidad distingue tres etapas o períodos: período de mera ausencia, período de posesión provisional y período de posesión definitiva[21]; en cambio, en el caso especial de muerte presunta solo existe el período de mera ausencia y posesión definitiva.

El período de mera ausencia comienza con la fecha de las últimas noticias que se tuvieron del ausente o desaparecido y perdura hasta el día en que se decreta

18 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, pp. 371-372.
19 *Cfr*. Guzmán, Aníbal. *Diccionario Explicativo Derecho Civil*. Volumen II. Quito: Jurídica del Ecuador, 1997, p. 93.
20 *Cfr*. Espinoza, Juan. *Derecho de las personas*. *Óp. cit.*, p. 982.
21 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de derecho civil ecuatoriano. Óp. cit.*, pp. 65-66.

la posesión provisional o definitiva de sus bienes; esto es, tres años para el caso general en que se decreta la posesión provisional y, seis meses para el caso especial, ocurrido a raíz de una guerra, terremoto, naufragio, por el que se concede inmediatamente la posesión definitiva de los bienes del desaparecido[22].

Durante este período, no se altera la posesión de los bienes del desaparecido o del ausente y cuidarán sus intereses los apoderados o representantes legales y, en caso de no haberlos, se debe nombrar un curador de bienes del ausente o del desaparecido según corresponda. Este período termina cuando se tengan noticias del ausente o desaparecido y por conocer la muerte real del ausente o desaparecido[23].

El período de posesión provisional se inicia desde que se dicta el decreto judicial que concede la posesión provisional y termina cuando se otorga la posesión definitiva de los bienes del ausente; podrá dictarse una vez transcurridos los tres años desde las últimas noticias del ausente. Solamente los herederos presuntivos pueden solicitar la posesión provisional, es decir, los testamentarios y los forzosos o legitimarios[24].

Entre los efectos del decreto de la posesión provisional encontramos los siguientes: disolución de la sociedad conyugal, apertura y publicación del testamento del ausente, se otorga la posesión provisional de los bienes del ausente a los herederos presuntivos y se produce la emancipación legal de los hijos[25].

El período de posesión definitiva empieza con el decreto del juez que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido o ausente, normalmente, transcurridos diez años desde la fecha de las últimas noticias del ausente, seis meses si es el caso especial del desaparecido que sufrió algún peligro, estuvo en una guerra, terremoto, naufragio, etc. o cumplidos tres años de las últimas noticias si el ausente ha cumplido la edad de ochenta años[26].

Asimismo, entre los efectos que produce el decreto de posesión definitiva están: apertura de la sucesión del desaparecido o ausente, terminación del matrimonio, se cancelan las cauciones constituidas en razón de la posesión provisional, finalizan las restricciones para enajenar libremente los bienes del desaparecido o ausente, se produce la emancipación legal del hijo en el caso que sea el único progenitor bajo patria potestad quien se declara muerto presunto y se consolidan los derechos de propietarios, fideicomisarios y legatarios[27].

---

22 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas.* Volumen I. Segunda ed. Quito: Jurídica del Ecuador, 2010, p. 56.
23 *Cfr*. Ruz, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil.* Volumen I. Santiago: Legal Publishing Chile, 2011, p. 172.
24 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. *Óp. cit.*, pp. 67-68.
25 *Cfr*. Ducci, Carlos. *Derecho Civil.* Cuarta ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2014, p. 117.
26 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 379.
27 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas. Óp. cit.*, p. 60.

3.4. ¿Quién puede solicitar la declaración de muerte presunta?

Pueden solicitar la declaración de muerte presunta las personas que tengan un derecho subordinado a dicho fallecimiento. Estas personas pueden ser: los presuntos herederos, el cónyuge, el socio del desaparecido o ausente, el beneficiario de un seguro de vida y los legatarios[28]. Los acreedores del ausente o del desaparecido no se encuentran dentro de este grupo porque sus derechos no están subordinados a la muerte del desaparecido y para hacerlos valer deben de dirigirse a los apoderados del ausente o promover el nombramiento de un curador de bienes[29].

3.5. Revocación de la sentencia de declaración de muerte presunta

Al admitir prueba en contrario, la sentencia de declaración de muerte presunta, por ser una presunción *iuris tantum*, y el hecho fáctico que la motivó pueden desvirtuarse en los siguientes casos: (i) cuando el desaparecido o ausente reaparezca; (ii) cuando se confirme la muerte real del desaparecido o ausente y (iii) cuando el desaparecido o ausente no haya muerto en la fecha que se fijó en la sentencia, sino que lo hizo en una fecha posterior[30].

La revocación de la sentencia de la declaración de muerte presunta puede ser solicitada por el propio desaparecido o ausente, por los legitimarios habidos durante la desaparición y por el cónyuge del desaparecido o ausente, cuando el matrimonio se haya efectuado en la época de la ausencia o desaparecimiento[31]. Si se trata del propio desaparecido o ausente, puede pedir la revocatoria en cualquier momento; si los que reclaman son los legitimarios o el cónyuge, la pueden solicitar solo dentro de los correspondientes plazos de prescripción, contados desde la fecha de la verdadera muerte[32].

Entre los efectos de la revocación de la sentencia se resaltan los siguientes: el reaparecido o sus herederos van a recuperar los bienes, pero solamente en el estado en que se encuentren, es decir que los bienes se recobrarán con las hipotecas y enajenaciones constituidas sobre ellos[33].

Los poseedores definitivos son considerados de buena fe; por lo tanto, no deberán devolver el valor de las enajenaciones realizadas. Constituye mala fe, el haber ocultado a sabiendas, la existencia o verdadera muerte del desaparecido o ausente; en este caso, deberán restituir los frutos, indemnizar todo el daño causado por

28 *Cfr*. Rabinovich, Ricardo. *Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 332.
29 *Cfr*. Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, y Vodanovic, Antonio. *Tratado de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 259.
30 *Cfr*. Valencia, Arturo y Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil: Parte general y personas*. Volumen I. Decimosexta ed. Bogotá: Temis, 2014, p. 371.
31 *Cfr*. Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano*. *Óp. cit.*, p. 77.
32 *Cfr*. Cevallos, Rafael. *Código Civil en preguntas*. *Óp. cit.*, p. 61.
33 *Cfr*. Ruz, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 176.

su culpa y no tendrá derecho a reclamar por las mejorías hechas en los bienes poseídos a su cargo[34].

4. Desaparición forzada de personas

La desaparición forzada de personas tiene sus antecedentes en América Latina cuando los militares de la región empezaron a utilizar la desaparición forzada de personas como un método de control social y político, ya que pensaron que habían descubierto el crimen perfecto, al considerar que, si no hay víctimas, por lo tanto, no hay delito ni culpable[35].

El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas conceptualiza a la desaparición forzada como:

> Desaparición forzada es la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes[36].

La desaparición debe reunir estos elementos: (i) la víctima es privada de la libertad sin importar la forma que se adopte, ya sea empleando arresto, detención, secuestro, etc.; (ii) cometida por agentes del Estado o por personas que actúen bajo autorización de las autoridades; (iii) falta de información sobre el paradero de la víctima. Esto es, que los agentes mantienen en secreto el paradero y el estado de la víctima y las autoridades niegan rotundamente que esté bajo custodia de ellos[37].

La desaparición forzada es una violación múltiple de los derechos humanos, ya que la víctima, además de haber sido privada de su libertad por un agente, recibe de estos tratos crueles, inhumanos, torturas, asesinato; no obstante, el agente, para no dejar huellas del crimen, pretende esfumar el cuerpo para siempre de la faz de la tierra, vulnerando de esta manera la integridad de la persona y afectando a su familia y al entorno social. Es decir, la tragedia no se circunscribe en la víctima, sino que va más allá; además de privarla del derecho de ser parte de una familia y de la sociedad, pone en riesgo la paz social, creando un estado de angustia, temor e inseguridad[38].

Se pueden distinguir diversas modalidades en este crimen, las cuales son: el desaparecido definitivamente, el cual, luego de haber sido secuestrado, no se vuelve a tener

34 *Cfr*. Larrea, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 385.

35 *Cfr*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio*. San José: Mundo Gráfico de San José, 2007, p. 161.

36 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Artículo 2.

37 *Cfr*. Monroy, Marco, y Navarro, Hermes. *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: ABC, 2001, p. 2.

38 *Cfr*. Afanador, María. *El derecho a la integridad personal: elementos para su análisis,* 2006. http://site.ebrary.com/lib/ueessp/reader.action?docID=10146461&ppg=11 (acceso: 20-04-2018)

noticias; el desaparecido temporalmente, sujeto que, luego de haber sido ingresado a un centro de detención, no fue inscrito, pero, gracias a la búsqueda de sus familiares e investigadores, fue localizado y puesto en libertad; el desaparecido asesinado e identificado, que es la persona secuestrada que posteriormente fue asesinada, pero su cadáver fue identificado por los equipos de antropología forense; el desaparecido asesinado sin identificar, que es el individuo que luego de secuestrado fue asesinado, pero su cuerpo no se pudo identificar; y el desaparecido superviviente sin identificar, que es el niño que nace durante el cautiverio de sus padres o ha sido capturado junto a ellos[39].

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos así como la Constitución de la República del Ecuador, en armonía con el Código Orgánico Integral Penal, prohíben la práctica de la desaparición forzada de personas y se configura como un delito de lesa humanidad. Es importante destacar el avance jurídico que ha tenido el Código Orgánico Integral Penal, al incluir en su normativa la tipificación de nuevos delitos, como la desaparición forzada de personas establecida en el artículo 84 que antes, en el Código Penal, no estaba regulada.

5. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de la explicación anterior, es importante ahora hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual señala la obligación que tiene el Estado parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para tipificar la desaparición forzada de personas dentro de su legislación, de acuerdo con los estándares internacionales. Para establecer la responsabilidad del Estado en cuanto a la desaparición forzada de personas, la jurisprudencia de la Corte establece que además de recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también hay que acudir a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas[40].

En el artículo 1, literal a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se expresa que los Estados parte se comprometen a: "No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales"[41].

La desaparición forzada de personas es una violación del derecho a la libertad, a la vida y a la seguridad. La prohibición de este delito para los Estados es de *jus cogens*, es decir que están obligados a impedir de cualquier manera la desaparición forzada de personas y ejecuciones extrajudiciales, así no hayan suscrito la

39 *Cfr*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Atención integral a víctimas de tortura en procesos de litigio*. *Óp. cit.*, p. 145.
40 *Cfr*. Ambos, Kai, y Malarino, Ezequiel (edits.). *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Temis, 2011, p. 194.
41 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994). Artículo 1.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Este delito tampoco puede ser cometido en tiempo de guerra, en problemas políticos de la nación, ni en cualquier otra situación excepcional[42].

En este delito, se lleva a cabo un tratamiento cruel, despiadado, inhumano y degradante, e incluso una violación del derecho a la vida, ya que muchas veces se asesina al detenido, se lo mantiene en secreto ocultando su cadáver para no dejar indicios del crimen y así procurar la impunidad de los responsables[43].

La jurisprudencia de la Corte manifiesta que una de las características de la desaparición forzada, es la negativa del Estado de admitir que la víctima está bajo su custodia y de revelar la información para dar con su paradero, generando incertidumbre y temor acerca de su vida[44].

6. Casos connotados de desapariciones forzadas en Ecuador

6.1. Caso Restrepo

Es un claro ejemplo de los maltratos físicos, psíquicos, torturas y asesinatos que vivieron dos jóvenes por miembros del Servicio de Investigación Criminal de Pichincha (en adelante, SIC-P) en el año 1988 durante el gobierno de León Febres Cordero, cuando el país vivió una represión política en contra de los movimientos subversivos de aquella época, que dieron como resultado desapariciones forzadas, torturas, asesinatos, ejecuciones extrajudiciales, etc. [45].

Los hermanos Carlos Santiago, de 17 años, y Pedro Andrés Restrepo Arismendy, de 14 años, cayeron en las zarpas policiales hace treinta años cuando los detuvieron ilegal y arbitrariamente y luego los desaparecieron sin dejar rastro. Ante la incertidumbre del paradero de los menores, los padres emprendieron una búsqueda inalcanzable e inagotable, tuvieron muchas trabas, excusas y fueron engañados por miembros de la Policía a cambio de guardar silencio de la desaparición de sus pequeños. Pasaba el tiempo, pero Santiago y Andrés no aparecían, los resultados de su búsqueda por parte de la Policía fueron incoherentes, por lo que los padres decidieron hacer público el caso de sus hijos y denunciarlo exigiendo justicia a cada gobierno de turno[46].

El mencionado caso es conocido tanto a escala nacional como internacional por su relevancia. El crimen fue denunciado por Pedro Restrepo ante la Comisión

42 *Cfr*. Monroy, Marco, y Navarro, Hermes. Desaparición *forzada de personas*. *Óp. cit.*, pp. 4-5.
43 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras.* Sentencia, 29 de julio de 1988.
44 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rodríguez Vera y otros vs. Colombia*. Sentencia, 14 de noviembre de 2014.
45 *Cfr*. Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. *¿Dónde están?: Caso Restrepo-desaparición forzada*. http://www.cedhu.org/index.php?option=com_content&view=article&id=117:idonde-estan-caso-restrepo-desaparicion-forzada&catid=13:emblematicos&Itemid=5 (acceso: 07/05/2017).
46 *Cfr*. Restrepo, María (directora). *Con mi corazón en Yambo* [Película], 2015.

Interamericana de Derechos Humanos por la violación fehaciente de los Derechos Humanos cometida ante sus hijos, con el objetivo que el Estado ecuatoriano resarce los daños y perjuicios sufridos[47].

El Estado ecuatoriano no pudo demostrar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que no fueron sus agentes policiales quienes detuvieron arbitraria e ilegalmente a los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy, utilizando el maltrato físico y la tortura en estos jóvenes hasta terminar con sus vidas. Por lo que, el Estado ecuatoriano reconoció su culpabilidad y se obligó a asumir medidas reparadoras mediante el arreglo amistoso[48].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe, estableció, en el numeral 1, que el Estado ecuatoriano debe cumplir con el pago de USD 2 000 000 por concepto de indemnización en razón de los daños y perjuicios sufridos por la familia Restrepo Arismendy; en el numeral 2 del mismo informe, indica que sí hubo desaparición forzada de los hermanos Restrepo, determinando que el Estado debe tomar medidas necesarias para cumplir totalmente con la búsqueda de los cuerpos de los menores y el enjuiciamiento penal de las personas que participaron en la tortura, desaparición y fallecimiento de los hermanos Santiago y Andrés Restrepo Arismendy[49].

En dicho informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ninguna parte ordena que se declare la muerte presunta de los hermanos Carlos Santiago y Pedro Andrés Restrepo Arismendy. Por lo tanto, se considera que ellos están vivos legalmente y, por esta razón, es correcto que hayan estado empadronados en el padrón electoral de las elecciones del Ecuador del año 2017.

6.2. Caso González y otros (Fybeca)

Este caso se produjo el 19 de noviembre de 2003, el cual constituyó un asalto a la farmacia Fybeca ubicada en la ciudadela La Alborada de la ciudad de Guayaquil, donde, producto del enfrentamiento entre agentes y asaltantes, resultó la ejecución de ocho personas y, a raíz de este incidente, hubo desapariciones también de otras personas[50].

En días posteriores al hecho, diario *El Universo* publicó una fotografía de un exagente de la Policía llevando detenido a Johnny Gómez, atándole sus manos y tapándole la cara. Su esposa, Dolores Guerra, inmediatamente lo identificó, afirmando que no había tenido noticias de él desde la mañana de la balacera. Luego, otras dos personas fueron reportadas como desaparecidas; una es **César**

47 *Cfr*. Comisión Ecuménica de Derechos Humanos. *¿Dónde están? Óp. cit.*
48 *Cfr*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso por el cual se establece un acuerdo de solución amistosa, entre Pedro Restrepo y el Estado ecuatoriano*, 5 de octubre de 2000.
49 *Ibíd*.
50 *Cfr*. El Comercio. “El caso Fybeca conmocionó al país”. *El Comercio*, 28 de septiembre de 2009.

Mata, de quien su madre manifiesta que, desde el 19 de noviembre de 2003, no conoce el paradero; y la otra persona es **Erwin Vivar, de** quien su esposa Mireya Vélez no sabe dónde está desde el asalto a la farmacia Fybeca. Diez años después de la matanza en la farmacia, Olga Reyes, acudió por primera vez a uno de los plantones de protesta para denunciar que su hijo **Darwin Cañar** también había sido detenido ese día[51].

En 2016, apareció una de las personas desaparecidas, cuyo nombre es Erwin Vivar Palma, quien se encuentra viviendo en Venezuela y fue traído al Ecuador como testigo protegido para que declarara su versión en el caso Fybeca[52].

Las desapariciones forzadas fueron denunciadas por familiares de las víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acusando de responsable al Estado ecuatoriano. La Procuraduría aclara que, en el caso Fybeca, aún no se han agotado las instancias legales y que el proceso en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en la fase de admisibilidad, de tal manera que no se ha establecido la responsabilidad del Estado ecuatoriano sobre los crímenes denunciados[53].

En este caso, no hay ningún informe establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que marque un antecedente de desaparición forzada. Sin perjuicio de aquello, según lo que obra en los expedientes investigativos, es muy probable que se condene al Estado ecuatoriano como responsable de la desaparición forzada de estas personas.

Los casos de las desapariciones forzadas expuestos anteriormente fueron cometidos presuntamente por miembros de la Policía Nacional. En el caso de los hermanos Restrepo, el Estado ecuatoriano reconoció su culpabilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como medida reparadora a los daños y perjuicios ocasionados, se llegó a un acuerdo amistoso con el padre de Santiago y Andrés; a diferencia del caso Fybeca que el Estado solicitó que declare inadmisible la denuncia planteada ante dicha Comisión.

Lo importante de resaltar en estos dos casos es que las desapariciones forzadas contenidas en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no eximen que se demande el proceso de declaratoria de muerte presunta en materia civil. Por lo expuesto, la relación jurídica de la muerte presunta con la desaparición forzada se resume en que esta última puede llegar a ser un acontecimiento previo, esto es, un hecho peligroso e inminente que permite presumir

51 *Cfr*. Ecuavisa. *Vision 360. Ecuavisa.* https://www.youtube.com/watch?v=fV9kiwXx2a0&feature=youtu.be (acceso 08/05/2017).

52 *Cfr*. La República. "Fiscal revela nombre del 'desaparecido' reaparecido en el Caso 'Las Dolores'*: La República*, 27de junio de 2016. http://www.larepublica.ec/blog/politica/2016/06/27/fiscal-revela-nombre-desaparecido-reaparecido-caso-dolores/ (acceso 08/05/2017).

53 *Cfr*. El Universo. "La Procuraduría aclara sobre caso González en CIDH". *El Universo*. http://www.eluniverso.com/noticias/2015/06/26/nota/4984734/procuraduria-aclara-sobre-caso-gonzalez-cidh (acceso 07/05/2017).

fehacientemente que una persona ha desaparecido, motivando el inicio de una declaratoria judicial de muerte presunta. Un ejemplo de aquello es el caso Restrepo referido en líneas anteriores, en que la vía correspondiente para declarar la muerte presunta sería la especial de seis meses, contenida y desarrollada en el Código Civil ecuatoriano.

En el caso Fybeca, hasta que no exista un informe que declare la existencia de una desaparición forzada y responsabilice al Estado ecuatoriano, lo correcto sería iniciar el trámite de muerte presunta general de 10 años por cuanto se lo debe de asimilar aún como ausente.

7. Conclusiones y recomendaciones

Luego del estudio realizado de la muerte presunta y su relación jurídica con la desaparición forzada de personas, podemos concluir que el término "ausencia" es distinto al de "desaparición", vocablos que se asemejan por la no presencia física del individuo, pero que son completamente diferentes, ya que la ausencia es para referirse al caso general de muerte presunta cuando la persona no ha tenido contacto con sus familiares y amigos por un prolongado tiempo sin saberse si vive o muere, así como también cuando, al dictarse la posesión provisional, el ausente ha cumplido ochenta años; en cambio, la desaparición es utilizada en el caso especial de los seis meses cuando concurren acontecimientos como: un naufragio, un hecho de guerra o peligro inminente para la vida.

Se concluye que, por haber un informe emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los hermanos Restrepo, se puede tomar como un antecedente para solicitar la muerte presunta como caso especial de seis meses. En cuanto al caso González y otros (Fybeca), se enmarca en un caso general, ya que no existe un antecedente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declare a las personas desaparecidas forzadamente; por consiguiente, ellos siguen ausentes y lo correcto es que se inicie el procedimiento de declaratoria de muerte presunta.

Otra de las conclusiones que nos deja la presente investigación es que los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referentes a declarar la responsabilidad de un Estado por la desaparición forzada de una persona, no constituye de pleno derecho una declaratoria de muerte de la misma, en razón que se debe agotar la instancia civil de muerte presunta en el Estado sancionado.

Finalmente, para evitar inseguridad jurídica, se recomienda reformar el Código Civil ecuatoriano para que el Estado pueda actuar de oficio en el juicio de declaración de muerte presunta cuando exista un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que declare la desaparición forzada y además se

conjugue con el hecho de que los familiares de las víctimas o terceros interesados no hayan solicitado la presunción de muerte. Esto evitaría incertidumbre en la administración de sus bienes, relaciones de familia y además impediría la conmoción social por constar estas personas ausentes o desaparecidas, aún dentro de los padrones electorales, como sucedió en Ecuador.



Los riesgos psicosociales en el derecho del trabajo: ¿una figura aplicable en el Derecho ecuatoriano?

Fabián Esteban Jaramillo Intriago
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: fjaramilloi@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

En los últimos años, el Derecho Laboral ha experimentado la influencia de la globalización que ha llevado a un desarrollo social y tecnológico acelerado. Este desarrollo ha tenido como consecuencia la aparición y reconocimiento de nuevos riesgos de salud en el trabajo, los denominados riesgos psicosociales. El surgimiento de estos ha marcado una gran diferencia con los distintos riesgos laborales históricamente reconocidos por el Código del Trabajo del Ecuador, expedido hace ochenta años. El objeto de este trabajo es, en primer lugar, definir y analizar estos riesgos emergentes en la salud de los trabajadores. Posteriormente, sobre la base de este contexto y apoyado en doctrina, jurisprudencia y normativa, se busca llegar a la conclusión sobre la posible admisión de los factores psicosociales dentro de a la legislación laboral ecuatoriana. Una vez determinado aquello, se pretende establecer los efectos que tendría en la práctica, específicamente en lo concerniente a las posibles indemnizaciones que devengan de los riesgos psicosociales en el trabajo. En definitiva, este artículo persigue un análisis que promueva la discusión en esta rama del Derecho cuya importancia práctica no puede ser desconocida.

Palabras clave

Derecho Laboral, riesgos psicosociales, riesgos laborales, indemnización, daño moral, aplicabilidad.

Psychosocial risks in labor law: An applicable figure in the Ecuadorian legal system?

Abstract

In recent years, Labor Law has experienced the influence of globalization, which has led to accelerated social and technological development. This development has resulted in the appearance and recognition of new health risks at the workplace other than those historically recognized by Labor Law, known today as psychosocial risks. The purpose of this article will be to define and analyze these emerging risks in worker's health. Based on this context as well as on doctrine, jurisprudence and regulations, the conclusion will be sought on the possibility of applying psychosocial factors within labor risks in the Ecuadorian Labor Code. After this analysis, the article will focus on the possible compensation product of the existence of psychosocial risks in practice. In short, this article pursues an analysis that promotes discussion in this branch of law whose practical importance cannot be ignored.

Keywords

Labor Law, psychosocial risks, labor risks, compensation, moral damage, applicability.

1. Introducción

Recientemente, los factores psicosociales han cobrado importancia en la esfera legal de la sociedad. Esto debido a que afectan, como referencia, a más de cuarenta millones de personas trabajadoras en toda Europa, número que todavía no ha sido estimado en América Latina[1]. Más aún, organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) o la Organización Mundial de la Salud (en adelant, OMS) han previsto que dichos riesgos se intensifiquen en los próximos años. Datos más recientes, recopilados del Informe de la OIT sobre la salud mental en el trabajo, estiman que, alrededor de un 10 % de la población se ve afectada por patologías mentales provenientes de su actividad laboral. Este incremento de las enfermedades mentales provenientes del trabajo es una pauta para que el Derecho Laboral actualice su alcance y se modifique de acuerdo con las necesidades de una sociedad contemporánea.

Es el deber del Derecho en general adaptarse al contexto social en el que se desenvuelve, y más aún el Derecho Laboral por su finalidad protectora de la parte débil de la relación de trabajo. Actualmente, la legislación ecuatoriana no ha avanzado con las necesidades sociales y tiene poco o ningún desarrollo en el tema de los factores psicosociales que afectan al trabajador. Este tipo de riesgos no son nuevos, ya que han existido desde que el ser humano tiene conciencia. Sin embargo, se consideran como riesgos emergentes del trabajo debido a la creciente importancia que han adquirido en este ámbito del Derecho[2].

Por lo tanto, es necesario definir los riesgos psicosociales como se los entiende actualmente para poder establecer su posible aplicación en el régimen laboral ecuatoriano. De igual manera, es necesario acudir a la jurisprudencia y doctrina internacional que permita dar luz sobre este vacío legal dentro de la normativa ecuatoriana. Finalmente, este análisis comparado permitirá alcanzar una conclusión no solamente sobre la implementación necesaria de estos riesgos en la normativa, sino también sobre los efectos prácticos que de ella devienen.

2. Definición y situación actual en Ecuador

Para poder determinar la aplicabilidad o no de los riesgos psicosociales del trabajo en la legislación ecuatoriana es necesario definirlos tanto a escala macro como a escala micro. En un sentido amplio, los riesgos laborales o riesgos del trabajo "son las eventualidades dañosas a que está sujeto el trabajador, con ocasión o por consecuencia de su actividad. Para los efectos de la responsabilidad del empleador, se

1 Informe del Comité Mixto OIT/OMS sobre Factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención (1984).
2 Martín Chaparro, María Pilar, et al. "Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: Una aproximación al estrés laboral y al *burn out* en clave psicosocial", *TL* 75 (2004), p. 191.

consideran riesgos del trabajo las enfermedades profesionales y los accidentes"[3]. Esta definición de riesgos del trabajo es general y no logra especificar su contenido. Los riesgos psicosociales se enmarcan como enfermedades profesionales[4] y, como se explicará posteriormente, encajan dentro de los riesgos laborales determinados por el Código del Trabajo.

Ya definidos de manera general los riesgos laborales en la legislación ecuatoriana, la identificación de factores[5] de riesgos psicosociales es más especializada e incluye todos elementos o factores presentes en los distintos sectores laborales que pueden tener injerencia sobre la salud, ya sea física o mental, de un trabajador. Sin embargo, la normativa ecuatoriana no contempla en el Código del Trabajo o en la Ley de Seguridad Social ninguna definición específica de lo que son los factores psicosociales del trabajo y lo que engloban. Al efecto, autores como Martín y Pérez han determinado

> [l]os factores psicosociales como aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral y que están directamente relacionadas con la organización, el contenido del trabajo, y la realización de la tarea, y que tienen capacidad para afectar tanto al bienestar o a la salud (física, psíquica o social) del trabajador como al desarrollo del trabajo[6].

Como se puede apreciar, ambas definiciones, tanto legal como doctrinaria, llegan a la conclusión de que los riesgos laborales son consecuencia de la realización de tareas dentro del ámbito laboral bajo relación de dependencia. Sin embargo, el actual Código del Trabajo mantiene una definición histórica y restrictiva contemplando solamente los riesgos físicos que pudiera sufrir un trabajador. Por otro lado, los riesgos psicosociales poseen un alcance más amplio, en concordancia con los cambios sociales y culturales que ha sufrido la sociedad en las últimas décadas[7], y buscan abarcar riesgos que el trabajador podría sufrir de manera intrínseca a su ser, que podrían tener repercusiones físicas o no.

Es importante resaltar que legislación ecuatoriana ha realizado un acercamiento al trato de los riesgos psicosociales del trabajo. Así, mediante el reciente Acuerdo Ministerial MDT-2017-0082 de 19 de septiembre de 2017, el Ministerio del Trabajo busca reglamentar y erradicar la discriminación y el acoso laboral, dos elementos del grupo de riesgos psicosociales del trabajo[8]. De la misma manera, dicho Acuerdo hace un acercamiento limitado a los riegos psicosociales en general, estableciendo, en su artículo 9, que:

---

3 Código del Trabajo. Artículo 347. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

4 Las enfermedades y accidentes del trabajo tienen diferencias fundamentales. Los accidentes del trabajo se consideran como sucesos aislados que generen lesiones al momento de realizar la actividad laboral. Por otro lado, las enfermedades laborales son situaciones prolongadas en el tiempo contraídas por la exposición a factores de riesgo laboral. *Cfr.* Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. "Registro y notificación de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales y lista de la OIT relativa a las enfermedades profesionales". *Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT* (2004), p. 5.

5 Para efectos del presente artículo, se utilizan las palabras riesgos y factores psicosociales de manera indistinta.

6 Martín, Félix, y Pérez, Jesús. *Factores psicosociales: metodología de evaluación*. Barcelona: NTP 443 INSH, 1997, p. 1.

7 *Cfr.* Maslach, Christina. "Comprendiendo el *burnout*". *Ciencia y Trabajo* 32 (2009), p. 37.

8 Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral. Artículo 1-8. Acuerdo Ministerial MDT-2017-0081 de 19 de septiembre de 2017.

> En todas las empresas e instituciones públicas y privadas, que cuenten con más de diez trabajadores, se deberá implementar el programa de prevención de riesgos psicosociales, en base a [*sic*] los parámetros y formatos establecidos por la Autoridad Laboral, mismo que deberá contener acciones para fomentar una cultura de no discriminación y de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral[9].

Al determinar como objetivo de este Acuerdo Ministerial una cultura de no discriminación y de igualdad, sin embargo, se están excluyendo los otros elementos que se ven inmersos en la globalidad de los riesgos psicosociales.

Esto implica nuevamente que la normativa ecuatoriana no termina de adaptarse a las necesidades que traen consigo los avances tecnológicos y la globalización. Es importante recordar que ambos avances tienen incidencia directa sobre el trabajo y, por consecuencia, sobre el Derecho Laboral encargado de regularlo. Por esto, en la siguiente sección, se procederá a dar un acercamiento a los tipos de riesgos psicosociales explicados tanto por la doctrina como por los varios instrumentos y autoridades internacionales.

3. Tipos de riesgos psicosociales

Debido a la carencia de una conceptualización jurídica presente en la normativa ecuatoriana, es necesario precisar los elementos de los factores de riesgo psicosociales. Sobre la base de estas definiciones previas, será posible realizar un acercamiento a su aplicabilidad dentro de nuestra legislación laboral. Así, los distintos tipos de riesgos psicosociales

> […] se encuentran principalmente en las características estructurales de la organización (estilo de mando, participación de los trabajadores, comunicación, gestión de los conflictos, etc.), en las particularidades de las tareas asignadas (contenido, carga de trabajo y autonomía), y en el tiempo de trabajo (ritmo, duración y organización)[10].

Tomando en cuenta esta definición, se procederá a conceptualizar brevemente[11] los distintos tipos principales de riesgos psicosociales que se pueden dar en un entorno laboral.

3.1. Acoso moral y sexual

El actual Código del Trabajo ha tratado de realizar un acercamiento a la definición de acoso laboral, definiéndolo como:

9 Normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral. Artículo 9. Acuerdo Ministerial MDT-2017-0081 de 19 de septiembre de 2017.

10 Llaneza, Javier. *Ergonomía y psicosociología aplicada: Manual para la formación del especialista*. Valladolid: Lex Nova, 2002, p. 439.

11 Sobre el análisis profundamente psicológico de los tipos de riesgos psicosociales, *vid.* Barreiro González, Germán, et al. *Las enfermedades del trabajo: nuevos riesgos psicosociales y su valoración en el derecho de la protección social.* León: Ministerio del Trabajo, 2006.

> [E]l comportamiento atentatorio a la dignidad de la persona, ejercido de forma reiterada, y potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores, que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral[12].

Igualmente, en los últimos años, se han realizado varios novedosos avances relativos a este tipo de factores de riesgo laboral. Entre ellos se encuentran la prohibición, tanto al trabajador como al empleador, de incurrir actos de acoso laboral entre compañeros de distinta o igual jerarquía o entre trabajadores y empleadores[13]. De la misma manera, se han incluido a los actos de acoso laboral dentro de las causales de visto bueno[14] tanto en favor del trabajador como del empleador[15]. Si bien es importante que se haya contemplado la definición y consecuencias del acoso laboral dentro de la normativa ecuatoriana, nuevamente se dejan de lado los elementos específicos que la componen y que vale la pena definir para concluir sobre su posible aplicación. Así, el acoso laboral[16] puede dividirse en dos tipos: acoso moral y sexual.

El acoso moral laboral, también conocido como *mobbing*, ha sido un concepto desarrollado de manera reciente en la doctrina jurídica. Así, existen autores que determinan que "el concepto clínico de acoso moral resulta meramente instrumental en la tarea de construcción jurídica, sin que sea posible una traslación automática"[17]. Esto implica que la definición clínica del acoso moral es la vía para poder determinar el daño producido a las partes de una relación laboral y la posibilidad de determinar el bien jurídico afectado.

Antes de su definición, cabe distinguir entre los elementos esenciales y accesorios de esta conducta definidos por la doctrina científico-jurídica[18]. Entre los elementos esenciales, relativos al sujeto, se encuentra la conducta generadora del daño, la reiteración en dicha conducta y la producción de esta dentro del entorno laboral. Por otro lado, los elementos accesorios se entienden como la intencionalidad del sujeto al realizar la acción dañosa y la efectiva generación de un daño en concreto[19]. Entonces, el acoso moral laboral puede definirse con base en sus elementos como cualquier conducta dentro de un entorno laboral en el que una de las partes

12 Código del Trabajo. Capítulo IV, Artículo innumerado. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

13 Código del Trabajo. Artículos 44 y 46. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

14 El visto bueno es definido como el trámite administrativo frente a la autoridad del trabajo que sigue una de las partes de una relación laboral con el fin dar por terminado el contrato y, por consiguiente, la relación laboral. El visto bueno puede ser pedido tanto por empleador como por el trabajador, siempre que se ajuste a las causales taxativas determinadas por la ley. Código del Trabajo. Artículos 172 y 173. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

15 *Eiusdem*.

16 El acoso laboral, ya sea moral o sexual, puede darse de varios tipos, ya sea vertical u horizontal. El acoso laboral se puede presentar por parte del empleador o superior jerárquico al trabajador (descendente) o por parte del trabajador al empleador o superior jerárquico (ascendente). Asimismo, se puede dar acoso horizontal entre trabajadores del mismo orden jerárquico. Finalmente pueden presentarse un acoso mixto resultado de la mezcla entre los distintos niveles de acoso. *Cfr.* Agra Viforcos, Beatriz, et al. *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo.* Murcia: Laborum, 2004, p. 17.

17 Serrano Olivares, Raquel. *El acoso moral en el trabajo*. Madrid: CES, 2005, p. 254.

18 *Cfr.* Collado, Luis. "Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (*mobbing*): Diferencias con otras figuras". *Cuadernos de Derecho Laboral* XII (2004), p. 63.

19 *Cfr. Ibíd.*

atenta de manera reiterada y sistemática contra la integridad moral de una persona, pudiendo provocar daños físicos, psíquicos, patrimoniales o de cualquier manera relacionados con su actividad laboral[20].

Por otro lado, el acoso sexual[21] laboral posee varias similitudes con el acoso moral, pero orientado al abuso de una posición de poder con la finalidad atentar contra la dignidad de una persona[22]. La diferencia con el acoso moral es que el medio utilizado para este fin es un medio de índole sexual, en la persona que se encuentra en una situación jerárquica superior (o de poder en general) utiliza agresiones ya sea verbales o físicas para generar un entorno laboral intimidatorio, humillante u ofensivo[23]. Sea cual fuere el tipo de acoso en el medio laboral, es evidente que tendrá incidencia directa sobre el bien jurídico protegido de la salud, tanto física como mental del trabajador y, por tanto, es imperativo el reglamentar dichos factores.

Tanto el acoso moral como sexual han sido los tipos de riesgos psicosociales más abarcados en la jurisprudencia comparada. Entre estas, resalta la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Galicia no. 334/ 2012 en la que se trató un caso de un trabajador que sufría de acoso moral en el trabajo y, fruto de aquello, cayó en una profunda depresión que generó su eventual suicidio[24]. En esta sentencia se recogen varios de los actos que encajan dentro del riesgo psicosocial de acoso moral, como son las amenazas infundadas de despido, manipulación psicológica y acoso general reiterado. Específicamente, el Tribunal Supremo determinó que:

> [L]a muerte del Sr. Ricardo tuvo origen y causa en el proceso depresivo y **situación mental que desencadenaron las condiciones laborales [el acoso moral] en que se vio inmerso en la empresa**, […] de tal modo que su fallecimiento, aun tratándose de un acto suicida, vino directamente originado por la situación integral psíquica que presentaba a tal fecha y que era de origen laboral propiciada por la actuación empresarial […]. Así, la muerte del trabajador es contingencia profesional al quedar establecido el nexo causal entre trabajo-situación mental-patológica padecida-suicidio (énfasis añadido)[25].

La sentencia del Tribunal Supremo realiza un avance significativo con relación al acoso moral tratando de definir el hecho dañoso que trae consigo este riesgo psicosocial. De esta manera, el Tribunal argumenta que "[l]as humillaciones y degradaciones sufridas en la empresa le provocaron, a parte del proceso depre-

20 Correa, Manuel. "El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo". *Acoso moral en el trabajo: Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson (2006), p. 53.

21 Cabe recalcar que, aunque no es tema de este artículo, el acoso sexual es un delito tipificado en el artículo 166 del Código Orgánico Integral Penal como el delito por el cual "[l]a persona […] solicit[a] algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de situación de autoridad laboral". Entonces, no queda duda de que el empleador puede ser responsable penalmente por este tipo de actos. Lo que busca explorar este artículo es la cabida de la generalidad de riesgos psicosociales en la normativa laboral ecuatoriana y la cabida de una indemnización civil sobre los mismos. Código Orgánico Integral Penal. Artículo 166. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

22 *Cfr*. Barreiro González, Germán, et al. *Las enfermedades del trabajo*. *Óp. cit*., p. 102.

23 *Ibíd*.

24 *Cfr*. Tribunal Supremo de Justicia. Causa 334/2012 de Galicia. Sentencia de 25 de enero de 2012.

25 *Id*, p. 4.

sivo, la idea del suicidio, como intento de eliminar el objeto perturbador de su conciencia, provocado por su jefe y por su trabajo"[26]. Más aún, en la sentencia se fija un estándar sobre la contingencia que puede generar los riesgos psicosociales, planteando la existencia de un nexo causal entre la situación laboral, la situación mental traducida en la existencia o no del riesgo psicosocial y la patología física que esta genera.

3.2. Violencia

La violencia, aplicada dentro del ambiente laboral, debe entenderse en un sentido amplio que incluya tanto agresiones físicas como verbales. Si bien las agresiones físicas son más notorias y tienden a representar un daño más tangible en el ambiente laboral, no se debe olvidar que las agresiones verbales pueden también tener una injerencia sobre la salud del trabajador. Tanto es así que, la mayoría de los problemas de violencia en el ambiente laboral radican en agresiones verbales o amenazas[27]. Sobre la base de este tipo de riesgo psicosocial, queda claro que pueden generarse secuelas graves en la salud de los trabajadores, desde problemas físicos como hematomas y traumatismos hasta problemas psicológicos como trastornos por estrés postraumático.

Sobre el tema de la violencia intralaboral, se han pronunciado varias cortes internacionales como las Cortes de Estados Unidos. Así, en el caso *Meritor Savings Bank v. Vinson,* se estableció que el que una persona deba trabajar en un ambiente hostil, en el que se desenvuelve con la presencia de actos violentos o agresivos, es una práctica ilegal de trabajo[28]. El que exista este ambiente laboral contaminado por actos de violencia es lo que se configura como el riesgo psicosocial del trabajador, ya que desenvolverse diariamente en este tipo de ambientes puede llegar a causar problemas de salud física o mental[29].

En esta misma línea de pensamiento, se ha pronunciado la Segunda Cámara del Trabajo de Mendoza, Argentina, al determinar que la existencia de un ambiente laboral hostil o violento "ocurre cuando el ambiente es penetrado por intimidación discriminatoria, ridiculización e insultos, lo suficientemente severos para alterar las condiciones de trabajo"[30]. La mencionada sentencia confunde en parte la violencia en el trabajo con el acoso moral al hablar de ridiculización e insultos. Sin embargo, hay que recordar que, para que se configure el acoso moral o *mobbing*, es necesario un acoso sistemático y reiterado, mientras que la violencia en el trabajo puede darse de manera aislada[31]. Así sucedió en el caso de la Segunda

26 *Id*, p. 3.
27 *Ibíd.*
28 *Cfr.* Corte de Apelaciones. *Meritos Savings Bank v. Vinson* 477, U.S. 57. Sentencia de 1986.
29 *Cfr. Ibíd.*
30 *Cfr.* Segunda Cámara del Trabajo, Primera Circunscripción de Mendoza. *Causa 12-00836117-1*. Sentencia de 7 de febrero de 2017.
31 *Cfr.* Collado, Luis. "Concepto, calificación jurídica y tipología". *Óp. cit.*, p. 63.

Cámara del Trabajo de Mendoza, en el que una trabajadora alegó ser víctima de violencia de género en determinadas ocasiones, lo que ocasionó que el tribunal considere este caso dentro del riesgo psicosocial de violencia en el ambiente laboral[32].

3.3. Estrés

La definición de estrés ha sido sujeto de estudio de varios sicólogos y sociólogos. En una de sus acepciones más simples "el estrés es un desequilibrio sustancial (percibido) entre la demanda y la capacidad de respuesta (del individuo) bajo condiciones en la que el fracaso ante esta demanda posee importantes consecuencias (percibidas)"[33]. Entonces, el estrés es un tipo de riesgo psicosocial que se relaciona directamente con la carga de trabajo y el contenido de las tareas asignadas.

Dentro de la relación laboral, existen dos aristas que influencian este tipo de factores de riesgo. Por un lado, la capacidad intelectual y emocional del trabajador de lidiar con la carga de trabajo recibida al igual que la responsabilidad que trae consigo dicha carga de trabajo. Por otro lado, el empleador también tiene influencia sobre el desarrollo del estrés con relación al trabajo que asigna a sus trabajadoras y las consecuencias que podría traer la realización, o no, del mismo. El riesgo que trae el estrés como factor psicosocial tiene injerencia directa sobre la salud, ya que el mismo aumenta la tensión muscular y las palpitaciones del corazón, pudiendo generar problemas de salud si no es regularizado[34].

El estrés en el trabajo también ha sido materia de los tribunales europeos, especialmente de Cataluña, en al menos 46 casos dentro de los últimos diez años de recopilación jurisprudencial[35]. Al respecto, en la jurisprudencia de Cataluña, se han desarrollado dos corrientes definidas. La corriente mayoritaria se basa en la fórmula de la patología de base, que supone que, si un sujeto posee mayor susceptibilidad al estrés, no se puede atribuir una patología producto del estrés exclusivamente a la relación laboral[36]. De esta manera, se sienta el estándar de que, para que exista estrés como riesgo psicosocial del trabajo, es necesario que el elemento estresante tenga el mismo efecto sobre el trabajador que sobre cualquier individuo "promedio" en las mismas circunstancias[37]. Por otro lado, existe jurisprudencia minoritaria que ha tomado la postura contraria, determinando que la fórmula de la personalidad de base no es imperativa para atribuir naturaleza laboral a una patología producto del estrés en el trabajo[38]. En esta línea de pensamiento, la jurisprudencia catalana también se ha perfilado por esta teoría, específicamente la sentencia de 12 de julio de 2006 en la que se estableció que

32 *Ibíd.*
33 Barreiro González, Germán, et al. *Las enfermedades del trabajo*, p. 89.
34 *Id.* p. 68.
35 García Blasco, Juan, et al. *El tratamiento jurídico de los riesgos psicosociales.* Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2010, p. 81.
36 *Cfr.* Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. *Causa 5194/2007 de Cataluña*. Sentencia de 10 de octubre de 2008.
37 *Cfr.* Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. *Causa 860/2005 de Cataluña*. Sentencia de 21 de diciembre de 2007.
38 *Cfr.* Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. *Causa 9342/2007 de Cataluña*. Sentencia de 26 de marzo de 2009.

una personalidad que sea "débil de base" no puede excluir la efectiva existencia de estrés laboral que pueda tener repercusiones en la salud del trabajador[39].

De esta manera, se observa un desarrollo importante con relación al estrés como riesgo psicosocial en Cataluña, llegando hasta a sentar estándares sobre su posible aplicación a los distintos casos en los que se presenta. La existencia de este desarrollo jurisprudencial es necesario para poder entender su posible aplicación del mundo psicológico al jurídico. Igualmente se demuestra mediante este desarrollo de las cortes catalanas la importancia de considerar a estos tipos de riesgos psicosociales emergentes dentro de la tradición jurídica nacional e internacional.

3.4. *Burnout*

El término *burnout* se traduce al español como el síndrome del quemado o desgaste profesional, especialmente en trabajos que implican interacciones interpersonales debido a la carga emocional que trae consigo el trato con clientes[40]. Este tipo de riesgo psicosocial es paralelo al estrés laboral y se caracteriza por tener tres dimensiones inmersas en él: agotamiento, despersonalización y falta de realización personal[41]. El agotamiento es un producto del estrés, pero con un matiz emocional en el que el trabajador se desconecta cognitiva y emocionalmente de su trabajo. La despersonalización tiene relación con el trabajo interpersonal.

El trabajador que sufre de síndrome de quemado desarrolla apatía con sus clientes generando una barrera entre ambos. Finalmente, la falta de realización personal es una consecuencia de las dos dimensiones mencionadas. El agotamiento y la despersonalización afectan la eficiencia del trabajador, y esto lleva a que el mismo no sienta un avance en su carrera laboral generando frustración y ansiedad, síntomas de un posiblemente grave problema de salud[42]. No existen actualmente en Ecuador decisiones judiciales que traten este tema dentro de nuestra legislación. Sin embargo, en Europa, existen varias decisiones jurisprudenciales; al respecto, el Tribunal Supremo de la Comunidad Valenciana ha considerado que el síndrome de quemado genera:

> [A]gotamiento físico y mental intenso, resultado de un estado de estrés laboral crónico o frustración prolongada y que, según tanto la Psicología del Trabajo como la Medicina Forense, se trata de un trastorno de adaptación del individuo al ámbito laboral cuya caracterización reside en el cansancio emocional (pérdida progresiva de energía, desgaste, agotamiento y fatiga emocional). El quemado por el trabajo, se ha dicho, tiene fuerzas, pero no tiene ganas; la despersonalización, manifestada en falta de realización personal, sentimientos de frustración, inutilidad, desinterés progresivo hacia el trabajo con rutinización de tareas; aislamiento del entorno laboral y social y, frecuentemente, ansiedad, depresión (trastorno psíquico adaptativo crónico)[43].

---

39 *Cfr.* Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia. *Causa 827/2004 de Cataluña*. Sentencia de 12 de julio de 2006.
40 *Id.* p. 75.
41 *Cfr.* Traducción libre. Maslach, Christina, et al. "Job Burnout". *Annual Review of Psychology* 52 (2001), p. 403.
42 *Ibíd.*
43 Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana. *AS 3450*. Sentencia, 21 de junio de 2006.

3.5. Adicción al trabajo

La adicción al trabajo se presenta al momento en que el trabajador se vuelve incapaz de parar de realizar su labor. Así, no se refiere a dedicar varias horas al trabajo, sino a "los que hacen de la prestación de servicios el punto central de sus vidas, hasta el extremo de no dedicar atención alguna a otras actividades"[44]. El problema que deviene de este riesgo psicosocial puede afectar gravemente la salud del trabajador. El olvidar actividades distintas a únicamente el trabajo puede generar problemas psicológicos graves que podrían llegar a tener repercusiones físicas. Así, el empleador debe tener la debida diligencia de implementar mecanismos que ayuden a aliviar esta adicción, siendo estos horarios de trabajo fijos e implementación de actividades distintas a la labor realizada en el lugar de trabajo.

El riesgo psicosocial de la adicción al trabajo no ha sido tratado aún por el derecho comparado. Sin embargo, su aplicación resulta evidente ya que tiene relación directa con la actividad laboral realizada por el trabajador, y, si el empleador no tomara las precauciones respectivas para evitar este factor de riesgo, podría tratarse en sede judicial las afectaciones personales producidas por el nexo causal entre el trabajo y el riesgo psicosocial.

Una vez realizada una definición mayoritariamente doctrinaria y jurisprudencial de los distintos tipos de riesgos psicosociales, es menester determinar la aplicabilidad de estos dentro de la normativa ecuatoriana.

4. Cabida y aplicabilidad de los riesgos psicosociales en Ecuador

4.1. Análisis de normativa nacional

Como ya se ha establecido, en la actualidad no existe una normativa específica que regule los riesgos psicosociales del trabajo. La única referencia al respecto se encuentra dentro del Código del Trabajo y determina que: "Los empleadores están obligados a asegurar a sus trabajadores condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o su vida"[45]. De igual manera, el artículo 412 del mismo cuerpo normativo detalla ciertos preceptos concernientes a la prevención de riesgos laborales como reglas de higiene en el trabajo, limitándose a los riegos laborales físicos[46]. Finalmente, en el artículo 32 se establece que:

> Los riesgos provenientes del trabajo son de cargo del empleador y cuando, a consecuencia de ellos, el trabajador sufre daño personal, estará en la obligación de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones de este Código, siempre que tal beneficio no le sea concedido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social[47].

44 Barreiro González, Germán, et al. *Las enfermedades del trabajo. Óp. cit.*, p. 90.
45 Código del Trabajo. Artículo 410. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.
46 Código del Trabajo. Artículo 412. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.
47 Código del Trabajo. Artículo 32. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

En ningún momento se hace referencia a los riesgos emergentes psicosociales. Sin embargo, aunque la legislación no contemple directamente los riesgos psicosociales provenientes de una relación laboral, la misma es aplicable en Ecuador. Esto debido a que, una interpretación extensiva del Código del Trabajo a luz de normativa nacional relevante e instrumentos internacionales, permite concluir la aplicabilidad de los riesgos laborales en la normativa ecuatoriana.

Si bien la normativa nacional es escasa al tratar el tema de los riesgos psicosociales del trabajo, es imposible decir que es inexistente. En este sentido, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante, IESS) emitió el Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo en el que hace un primer acercamiento a este tipo de factores del trabajo. En su artículo 9 se hace una única mención a ellos, prescribiendo que "[s]e consideran factores de riesgos específicos que entrañan el riesgo de enfermedad profesional u ocupacional, y que ocasionan efectos a los asegurados, los siguientes: químico, físico, biológico, ergonómico y **psicosocial**." (énfasis añadido)[48]. Este artículo es de especial relevancia, ya que es la primera determinación legal de que los riesgos psicosociales pueden ser considerados como factores de riesgo.

El problema nace desde una perspectiva conceptual, ya que, si bien están determinados en la ley, no se encuentran definidos y, por lo tanto, se dificulta su aplicación en la práctica. ¿Es posible aplicar un precepto legal general, sin definir los aspectos que la componen? La respuesta obvia es que no. El IESS, si bien ha tratado de aplicar un término novedoso dentro del derecho laboral, debió primero contar con una definición y delimitación legal de su ámbito de aplicación al igual que sus elementos.

4.2 Análisis de normativa internacional

De la misma manera, existe normativa internacional que ha abordado en mayor grado el tema entre la que resalta el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo de 2004, del que Ecuador es parte. El mismo define, en su artículo 1 inciso h) las condiciones y medio ambiente de trabajo como

> [a]quellos elementos, agentes o factores que tienen influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Quedan específicamente incluidos en esta definición: […] iv. La organización y ordenamiento de las labores, incluidos los factores ergonómicos y **psicosociales** (énfasis añadido)[49].

Al igual que la normativa nacional, el Instrumento realiza un acercamiento superficial al tema de los riesgos psicosociales del trabajo; sin embargo, en el artículo 11 inciso k) prescribe:

48 Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo. Artículo 9. Resolución del IESS 513. Registro Oficial 632 de 12 de julio de 2016.

49 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (2004). Artículo 1.

> En todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales. Estas medidas deberán basarse, para el logro de este objetivo, en directrices sobre sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo y su entorno como responsabilidad social y empresarial. Para tal fin, las empresas elaborarán planes integrales de prevención de riesgos que comprenderán al menos las siguientes acciones:
>
> […] k) Fomentar la adaptación del trabajo y de los puestos de trabajo a las capacidades de los trabajadores, habida cuenta de su estado de salud física y mental, teniendo en cuenta la ergonomía y las demás disciplinas relacionadas con **los diferentes tipos de riesgos psicosociales** en el trabajo (énfasis añadido)[50].

Es de copiosa importancia el que este instrumento internacional, a diferencia de toda la normativa nacional actual, haga referencia a la existencia de distintos tipos de riesgos psicosociales dentro de un ambiente laboral. Hasta el momento, todas las normas han caído en la equivocación de confundir los riesgos psicosociales laborales con el acoso y la discriminación laboral. Evidentemente es un error ya que se estaría limitando el alcance que puede tener este tipo de factores, evitando que el empleador pueda tener los cuidados y programas de protección respectivos y afectando el alcance de los derechos del trabajador en su contexto laboral.

En definitiva, al apoyarse en la normativa nacional e internacional análoga a los riesgos psicosociales del trabajo, se puede determinar su aplicabilidad referencial en la legislación ecuatoriana. El análisis lógico se da de la siguiente manera: el Reglamento del Seguro General de Riesgos de Trabajo contempla a los riesgos psicosociales como factores de riesgo del trabajo[51]. Aunque la resolución mencionada no reconoce el carácter global de los riesgos del trabajo, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, además de brindar nuevamente una definición, establece rotundamente que existen distintos tipos de riesgos del trabajo, no un solo concepto[52]. Estos tipos de riesgos de trabajo, como el acoso, violencia, adicción, *burnout* y estrés han sido definidos y tratados de manera análoga por la doctrina jurídica, sociológica y psicológica al igual que por jurisprudencia extranjera. Por lo tanto, ya que el Código del Trabajo contempla, de manera general y ejemplificativa, las medidas de cuidado que deben tomar los empleadores con relación a los riesgos del trabajo[53], deben entenderse también incluidos por referencia los riesgos psicosociales en todos sus tipos, aunque lo deseable sería una mención expresa dentro de un proceso de modernización de nuestra legislación.

4.3. ¿Cabe la indemnización por riesgos psicosociales del trabajo?

La falta de tipificación de los riesgos psicosociales dentro del Código del Trabajo complica no solo su aplicabilidad en la legislación, sino los efectos que puede ge-

50 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (2004). Artículo 11.

51 Reglamento del Seguro General de Riesgos del Trabajo. Artículo 9. Resolución del IESS 513. Registro Oficial 632 de 12 de julio de 2016.

52 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (2004). Artículo 1.

53 Código del Trabajo. Artículo 38 y 412. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

nerar. Uno de los efectos más importantes recae en la posibilidad de indemnizar al trabajador por la existencia de riesgos psicosociales del trabajo. Partiendo de la premisa planteada en este artículo, en la que los riesgos psicosociales son plenamente aplicables en la legislación ecuatoriana, su indemnización exclusivamente laboral no resiste mayor análisis. El artículo 353 del Código del Trabajo determina que:

> El empleador está obligado a cubrir las indemnizaciones y prestaciones establecidas en este Título [Riesgos del Trabajo], en todo caso de accidente o enfermedad profesional, siempre que el trabajador no se hallare comprendido dentro del régimen del Seguro Social y protegido por este[54].

Entonces, ya que los riesgos psicosociales no se encuentran comprendidos en el régimen del Seguro Social, la responsabilidad de su indemnización laboral recae en el empleador. Estas indemnizaciones se encuentran tasadas en el mismo Código dependiendo si el factor de riesgo generó la muerte, incapacidad absoluta o disminución de capacidad[55].

El tema que se debe discutir nace al momento de considerar una posible indemnización proveniente de un daño a la salud, dignidad e integridad física y psíquica del trabajador, bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano[56]. Entonces, queda claro que los riesgos psicosociales del trabajador, que den paso a un daño al mismo, implican una afectación a sus derechos fundamentales. Existen autores que repiten esta idea expresando:

> Una lectura detenida de las distintas series de agresiones o conductas negativas tipificadas por los expertos en psicosociología del trabajo revela, sin pie forzado alguno, que se trata de supuestos que representan lesiones o vulneraciones de concretos derechos fundamentales del trabajador como persona y ciudadano en la empresa[57].

Por lo tanto, ya que existe una afectación a derechos fundamentales del trabajador, es necesario proceder a su reparación mediante una indemnización. Esta necesidad crea un nuevo problema: ¿Qué tipo de indemnización procede? ¿Cuál es su naturaleza? La siguiente sección buscará responder estas interrogantes aplicables en el contexto ecuatoriano.

4.3.1. Naturaleza civil de la indemnización por daño moral en el contrato de trabajo

Para iniciar este análisis, cabe recalcar que la existencia de factores de riesgo psicosocial en una relación laboral da cabida a dos indemnizaciones: (i) una civil correspondiente al daño sufrido por el trabajador; y, (ii) una laboral correspondiente a la obligación del empleador de prevenir el daño. La existencia de ambos

54 Código del Trabajo. Artículo 353. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

55 Código del Trabajo.. Artìculo 376. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

56 Esta protección se encuentra en la Constitución en su artículo 11 numeral 7. Igualmente, en el artículo 33 del mismo cuerpo normativo se encuentra contemplada la protección de la salud general y dignidad de los trabajadores. Constitución de la República del Ecuador. Artículos 11 y 33. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

57 Navarrete, Cristóbal. "La tutela frente a la 'violencia moral' en los lugares de trabajo: Entre prevención e indemnización". *AS* XVIII (2000), p. 61.

tipos de indemnizaciones no implica que ambas sean incompatibles. Esto, debido a la diferencia entre una indemnización legal, correspondiente a la obligación de prevenir la existencia de riesgos psicosociales[58], y una por un daño sufrido, el daño civil efectivo sobre el derecho fundamental[59].

Es necesario entender que ambas indemnizaciones no son incompatibles en el mundo jurídico ya que ambas tienen una fuente y hechos distintos[60]. Más bien, además de ser plenamente compatibles, sería un contrasentido aplicar una por encima de la otra considerando que, "si aplicamos tan solo la indemnización tasada, resultaría que un supuesto como es la falta de pago del salario o los retrasos graves en su abono tendría la misma relevancia jurídica que lesionar la dignidad del trabajador o causarle un daño a su integridad psíquica"[61].

Un segundo punto dentro de este análisis es la existencia de riesgos psicosociales como un daño moral dentro del contrato de trabajo[62]. Entonces, cabe preguntarse: ¿el daño moral producido es efectivamente contractual? La respuesta a esta pregunta radica en determinar si la producción del daño tiene como fuente el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, considerándose este como la falta al deber objetivo de cuidado de una de las partes en la relación laboral[63]. Así, "la lógica fuerza a reconocer como los daños y perjuicios sufridos por un trabajador en el desempeño de su prestación de servicios presentarán, de manera lógica, una naturaleza contractual"[64]. Esto siempre considerando el supuesto en el que el daño se haya realizado en el contexto de la relación laboral en el que el trabajador, actuando bajo dependencia del empleador, sufre una afectación psicológica fruto de cualquiera de los tipos de riesgo psicosocial ya descritos.

Para cerrar este argumento, cabe determinar que lo que corresponda al daño moral sufrido dentro del contexto de un contrato de trabajo debe regirse por las estipulaciones del Código Civil. Así, el Código del Trabajo, en su artículo 6, determina que "[e]n todo lo que no estuviere expresamente previsto en este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil y el Código Orgánico General de Procesos"[65]. Ya que el Código del Trabajo no contempla la figura del daño moral en un contrato de trabajo

58 Código del Trabajo.. Artìculo 412. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

59 Tárraga Poveda, Juan. "Trabajador o siervo (O, definitivamente, sobre la vigencia de los derechos fundamentales en la relación de trabajo). Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia, de 2 de septiembre de 2003 (AS 2003, 3208)". *AS* XVI (2004), p. 47 y ss.

60 La fuente en la indemnización laboral es la ley y el hecho es la falta de prevención de los riesgos psicosociales. Por otro lado, la fuente en la indemnización civil es el contrato de trabajo y el hecho es el daño efectivo que ha sufrido el trabajador.

61 Gorelli Hernández, Juan, y Gómez Álvarez, Tomás. "El acoso moral: Perspectivas jurídico-laborales". *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* II (2003), p. 23.

62 En Ecuador, la discusión concerniente a la cabida de un daño moral contractual ha sido materia de constante estudio. Sin embargo, para efectos de este artículo, se tomará la postura positiva en la que si puede caber daño moral dentro de una relación contractual. Para mayor información sobre el tema del daño moral dentro del Código Civil ecuatoriano, *vid.* Darquea, Juan Carlos. *Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano.* Tesis de Grado. Universidad San Francisco de Quito USFQ, Quito, 2004.

63 *Cfr.* Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala de lo Social. *Causa RJ 2004/1168*. Sentencia de 1 de diciembre de 2003.

64 Barreiro González, Germán, et al. *Las enfermedades del trabajo: nuevos riesgos*. *Óp. cit*., p. 345.

65 Código del Trabajo.. Artìculo 6. Registro Oficial 167 de 26 de septiembre de 2012.

es posible incorporar, por supletoriedad del Código Civil, las disposiciones relativas a este tipo de daños en los contratos civiles aplicadas dentro del ámbito laboral.

Este argumento ha sido compartido por la Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia 224 en la que el juez laboral determinó que las normas que regulan los efectos de los contratos civiles son de aplicación común o general a los contratos de trabajo, basándose en una interpretación sistemática para el efecto[66]. La misma sentencia se dio en un caso de daño moral cuya fuente era un contrato de trabajo; al respecto, el juez decidió que:

> [si se ha causado] daño moral al trabajador, en el marco de una relación laboral, por incumplimiento de su obligación de protección de la vida y salud de sus empleados, puedan estos hacer efectiva la responsabilidad contractual del empleador y consecuentemente solicitar la indemnización por daño moral en el marco de la responsabilidad contractual laboral[67].

4.3.2. Análisis en jurisprudencia comparada

Para finalizar el análisis en este punto sobre la posibilidad de una indemnización por daño moral contractual fruto de la existencia de riesgos psicosociales del trabajo, es necesario tomar como referencia la jurisprudencia comparada al respecto. Una de las más representativas es la ya mencionada sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua que, además del criterio que se expuso antes, toma una postura novedosa sobre el tema de los riesgos psicosociales del trabajo.

El caso se refiere a una trabajadora que demandó por daño moral a su empleadora. La demanda se fundamentó en que, dentro de su relación laboral, la empleadora habría incurrido en actos de acoso moral en contra de la trabajadora, lo que le causó una alegada depresión y fobia a cualquier tipo de actividad laboral[68]. Al respecto, el juez laboral, luego de analizar las pruebas presentadas, determinó que sí existió un daño moral contractual que afectó los derechos de la demandante como trabajadora y ciudadana, por lo que debía ser indemnizada. El juzgador realizó un análisis novedoso sobre el alcance de los riesgos psicosociales sobre la base de normas constitucionales, laborales y la doctrina laboralista actual[69]. Finalmente, en uno de los puntos más importantes de la sentencia, se expone que los jueces laborales son competentes para determinar la responsabilidad que devenga del contrato de trabajo, incluyendo, de manera novedosa, las indemnizaciones civiles que de él provengan[70].

Una segunda sentencia importante es la número 5 del Juzgado de lo Social de Cantabria. En este caso, una trabajadora demandó la terminación del contrato de

66 *Cfr.* Corte de Apelaciones de Rancagua. *Causa 224*. Sentencia de 2007.
67 *Ibíd.*
68 *Ibíd.*
69 *Ibíd.*
70 *Ibíd.*

trabajo al ser diagnosticada con ansiedad grave fruto de *mobbing* en el trabajo[71]. Nuevamente, en concordancia con la corriente jurisprudencial expuesta, el Juzgado determinó que existían bienes jurídicos protegidos que habían sido vulnerados por la empresa demandada y por tanto debía darse por terminado el contrato y permitir la indemnización respectiva[72]. Si bien esta sentencia no ahonda en el tema del daño moral, significa un aporte igualmente importante al momento de determinar una indemnización por incumplimiento contractual al incurrir en actos acordes con los factores psicosociales.

La Corte de Apelaciones de Concepción nuevamente trata de manera innovadora el tema de los riesgos psicosociales en el trabajo. En un caso en el que se presenta un recurso de casación sobre una sentencia que condenaba al pago de indemnización por daño moral en un contrato de trabajo, el empleador argumenta que la competencia de declarar daño moral contractual es jurisdicción exclusiva de los Tribunales de lo Civil[73]. Esta sentencia trata dos puntos de suma importancia: la competencia del Tribunal Laboral y la falta de legislación sobre riesgos psicosociales. En primer lugar, la Corte mencionó que la competencia de decidir sobre el daño moral era del Tribunal Laboral, ya que la afectación a derechos fundamentales implicaba un incumplimiento del contrato de trabajo que lleva implícito el deber de cuidado a la salud del trabajador. En segundo lugar, la Corte se pronuncia sobre la falta de legislación sobre el acoso laboral concluyendo

> [q]ue el hecho de que el acoso moral no esté tipificado como causal de terminación de contrato de trabajo ni esté desarrollado como tal en nuestra legislación, no implica, sin embargo, que, dentro de la obligación de debido cuidado de la vida y salud del trabajador no se contemple la de velar porque no se cometan en el ámbito de la empresa actos que atenten en contra de la estabilidad síquica de los trabajadores, ya sea en forma directa o permitiendo o no evitando que estos se produzcan[74].

En definitiva, cuando se configura un daño por la existencia de riesgos psicosociales del trabajo, el mismo debe ser indemnizado. Este daño, y su consecuente indemnización poseen una eminente naturaleza civil, hecho que no implica su incompatibilidad con las posibles indemnizaciones laborales. Igualmente posee una naturaleza contractual al devenir directamente de la relación laboral sentada en un contrato de trabajo, y es este hecho el que faculta a los mismos Tribunales de lo Laboral a decidir sobre la indemnización por daño moral en un contrato laboral.

5. Conclusión

Es innegable que los riesgos psicosociales presentan un reto tanto para la sociedad como para el mundo del Derecho Laboral. Sin embargo, es deber del Derecho el avanzar conjuntamente con la sociedad y arrojar nuevas teorías y conclusiones

71 Juzgado de lo Social. *Causa 5 de Cantabria*. Sentencia, 15 de octubre de 2009.
72 *Ibíd*.
73 Corte de Apelaciones de Concepción. *Causa 375-2007*. Sentencia de 2007.
74 *Ibíd*.

que permitan dilucidar los conflictos sociales emergentes, como son los riesgos psicosociales. Por lo tanto, el presente artículo busca ser parte de la solución a esta problemática que presenta la falta de legislación sobre el tema de los factores de riesgo psicosocial.

En conclusión, se ha determinado que el concepto de riesgo psicosocial es amplio y engloba una serie de elementos que deben ser considerados al analizar su aplicabilidad en la normativa. Al hablar de riesgos psicosociales del trabajo es importante recordar que existen diferentes aristas como el acoso moral y sexual, el estrés, la violencia, el *burnout* y la adicción al trabajo que deben ser examinadas. Por lo tanto, para poder tratar de manera más profunda este tema en la legislación ecuatoriana sería importante tratar a los diferentes factores psicosociales de manera individual, generando una cultura jurídica específica sobre el tema que busque limitar, en lo posible, los vacíos legales que pudieran presentarse.

De igual manera, basándose en un análisis sistemático de la normativa tanto nacional como internacional, queda claro que los riesgos psicosociales deben ser considerados parte del sistema actual de riesgos del trabajo en Ecuador. Sin embargo, aunque por analogía se puedan incorporar en el ordenamiento, es necesario que la legislación del Derecho Laboral ecuatoriano alcance a la sociedad contemporánea. Esto debido a que, las relaciones laborales son el reflejo más claro de los caracteres y elementos humanos que son, por naturaleza, cambiantes y dinámicos.

Finalmente, el efecto de reconocer los riesgos psicosociales dentro de la normativa laboral ecuatoriana resulta especialmente interesante y trae consigo varias interrogantes. Una de las más importantes es que si existe responsabilidad por la existencia de riesgos psicosociales, necesariamente podrán existir daños que deban ser indemnizados. Es así como el presente artículo plantea la idea de que la existencia de riesgos psicosociales en la relación laboral podría generar daños morales que son, por la intrínseca relación entre el trabajador y empleador, de naturaleza contractual. Una segunda interrogante que plantea la innovadora aplicación de este tipo de riesgos emergentes es la competencia del juez laboral para dictar indemnizaciones de tipo civil. La solución planteada en este artículo es que el juez laboral podría aplicar de manera sistemática el Código Civil y el Código del Trabajo, lo que le permitiría aplicar indemnizaciones de carácter civil en casos de riesgos psicosociales del trabajo.

En conclusión, el presente artículo busca sistematizar la problemática del concepto de riegos psicosociales que, como se ha expuesto, son aplicables actualmente en Ecuador. Sobre la base de aquello, se busca proponer soluciones con el objetivo de invitar al debate sobre un tema que, en la actualidad, mantiene una relevancia jurídica innegable en la esfera del Derecho Laboral.

JaramilloDávila
ABOGADOS





CONTACTO

Av. Amazonas N39-123 y José Arizaga, Edificio Amazonas Plaza, piso 10, oficina 77

Telf: (593-2) 2262922 / 2262923 / 2262924 / 2262925 PO BOX: 17-01-104

E-mail: info@jaramillodavila.com

www.jaramillodavila.com

Trámite y naturaleza jurídica de la nulidad de laudos en el derecho ecuatoriano. Observaciones a la resolución 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia

Gabriel Andrés Reina Vanegas
Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.
Correo electrónico: greina@ortegaabogados-ec.com
gabrielxrv@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador sobre la nulidad de laudos es una disposición oscura respecto a las reglas que gobiernan este tipo de procesos, y respecto a la naturaleza jurídica de dicha institución. El fin de este breve ensayo es el de ofrecer una herramienta, la analogía interpretativa, para aclarar el sentido y aplicación de esta disposición. Se hace un estudio que lleva a concluir que la casación es una institución jurídica análoga a la impugnación de laudos por vía de nulidad puesto que comparten la misma naturaleza jurídica de recurso extraordinario, de modo que las normas de la casación serían las adecuadas para aclarar al artículo que regula la nulidad de laudos. Posteriormente, se realiza un análisis del trámite de nulidad de laudos regulado con las reglas dadas por la Corte Nacional de Justicia, a la luz de la interpretación analógica aplicada al referido artículo 31.

Palabras clave

Acción de nulidad de laudos, oscuridad de la ley, analogía, procedimiento civil, casación.

Procedure and legal nature of the challenge of arbitral awards in Ecuadorian law. Remarks to decision No. 08-2017 of the National Court

Abstract

Article 31 of the Arbitration and Mediation Act of Ecuador, about the challenge of arbitral awards, is an obscure statute regarding the rules that govern this kind of procedure, and regarding the legal nature of said figure. The end of this short essay is to offer a tool, interpretative analogy, to shed a light on the meaning and application of this statute. After an exhaustive study, it is concluded that cassation is a legal figure analogous to the challenge of arbitral awards because both share the same legal nature of an extraordinary appeal, so it follows that the rules of the cassation may be adequate to clear up the meaning of the statute that regulates the challenge of awards. Afterwards, there is an analysis to the procedure to challenge awards regulated by the secondary legislation issued by the National Court of Justice, made in the light of the analogous interpretation done to the referred article 31.

Keywords

Challenge of arbitral awards, obscure statute, analogy, civil procedure, cassation.

1. Introducción

¿Cuáles son las reglas que deberían gobernar al proceso de nulidad de laudos arbitrales? Esta es una duda que existe desde hace más de una década, duda cuyo origen se halla en el defectuoso texto del artículo 31 de la ley de arbitraje promulgada en los años noventa. Este problema de redacción legislativa también repercute en la naturaleza jurídica de la impugnación de laudos arbitrales por vía de nulidad. La cuestión de la naturaleza jurídica de la llamada acción de nulidad de laudos arbitrales ha sido, y sigue siendo, un tema fuertemente disputado desde hace décadas en el derecho nacional. Subsiguientemente, es necesario aclarar al controversial artículo 31 de la ley arbitral, para develar la verdadera naturaleza jurídica de la nulidad de laudos, y para que sea posible conocer con certeza cuáles deberían ser las reglas que deben gobernar este tipo de proceso impugnatorio.

2. La manifiesta oscuridad del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación

Desde la versión original de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, LAM), publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997, el artículo 31 (referente a la nulidad de laudos arbitrales)[1] ha causado controversia: ¿La acción de nulidad de laudos es un proceso especial o debe ser tramitado por la vía ordinaria (supletoria)?[2] ¿Puede apelarse de la sentencia dictada en un proceso de nulidad de laudos?[3] Estas son preguntas de índole procesal que nacieron de la poca técnica jurídica que poseía, y aún posee, el referido artículo.

Otro problema se adiciona: ¿Es la nulidad de laudos una acción o un recurso? La no-tan-buena redacción de esta ley arbitral de 1997 utilizaba los términos "acción" y "recurso" como sinónimos. Esto provocó una ola de debate en el foro, respecto a la naturaleza jurídica de la impugnación de laudos. Así, por ejemplo, Salcedo Verduga opinaba que la impugnación de un laudo es una acción. Según su ilustrado criterio,

> de la lectura del texto del art. 31 de la Ley, se establece que no nos hallamos ante un recurso propiamente dicho sino ante un verdadero procedimiento autónomo de

1 LAM. Artículo 31. Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

2 Esta discusión acabó una década después de la promulgación de la LAM. La Corte Constitucional para el período de transición, en la resolución 0008-2008-DI del 5 de mayo de 2009, argumentó que la nulidad de laudos no debe ni puede ventilarse en la vía ordinaria (supletoria) puesto que, en su interpretación del artículo 31 de la LAM, debería considerarse que "[l]a ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días". Corte Constitucional. *Resolución 0008-2008-DI*. Resolución, 5 de mayo de 2009.

3 La polémica relativa a la posibilidad, o no, de apelar la sentencia dictada en un proceso de nulidad de laudos subsiste en conflictivas sentencias dictadas por la Corte Constitucional. Por un lado, se encuentran las sentencias 173-14-SEP-CC del 15 de octubre de 2014 y 007-16-SCN-CC del 28 de septiembre de 2016, que niegan que la LAM permita la apelación de la sentencia en este tipo de procesos. Por otro lado, se encuentran las sentencias 124-15-SEP-CC del 22 de abril de 2015 y 325-15-SEP-CC del 30 de septiembre de 2015, que, de manera contraria a las primeras, admiten la apelación.

impugnación, es decir, ante el ejercicio de una acción por medio del cual, las partes pueden solicitar la nulidad del laudo cuando concurran las causas que la ley prevé[4].

Esta controversia llegó a oídos del poder legislativo. El Congreso Nacional, mediante la Ley Reformatoria a la LAM, publicada en el Registro Oficial 532 de 25 de febrero de 2005, decidió acabar esta controversia. El artículo 3 de dicha ley, entre otras cosas, reformó el artículo 31 de la LAM original de 1997, de modo que, si algún artículo rezaba "recurso" en el texto original, ahora debía decir "acción" en el reformado[5]. Este cambio, además, fue recogido en la posterior codificación de la LAM, publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006, vigente. El texto actual de dicha norma, con las reformas codificadas, es el siguiente:

> Cualquiera de las partes podrá intentar la **acción** de nulidad [...] Del laudo arbitral podrá interponerse [...] **acción** de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia [...] Presentada la **acción** de nulidad [...] la corte superior de justicia [...] resolverá la **acción** de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La **acción** de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta [...]. Quien interponga la **acción** de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente [...] (énfasis añadido)[6].

No obstante, prendida la pólvora de la discusión científica o dogmática sobre el artículo 31, se volvió imposible de apagar con una mera reforma legislativa. Pese a tan clara reforma, hubo oposición. Por ejemplo, Ortiz Herbener, tras un gran y pormenorizado análisis legal y jurisprudencial, concluyó que, aunque la LAM de 2006 (vigente) diga que la impugnación de laudos es una acción, "la redacción del artículo se ajusta más a la sustanciación de un recurso, ya que por ejemplo se le impone un término de 30 días para resolver al Presidente de la Corte Superior"[7]. La polémica respecto a la naturaleza subsiste en la actualidad[8], y tiene repercusiones en la práctica judicial[9].

---

4 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje: La justicia alternativa*. Guayaquil: Miguez Mosquera, 2001, p. 153.

5 Ley Reformatoria a la LAM. Artículo 3. Registro Oficial 532 de 25 de febrero de 2005.

6 LAM. Artículo 31. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

7 Ortiz Herbener, Andrés. "Acción de nulidad de laudos arbitrales en el Derecho Procesal Ecuatoriano". *Revista Jurídica 25* (2008), p. 23.

8 Esta controversia continúa siendo discutida en el foro por diversas razones (*e.g.* por el tratamiento dado a la acción de nulidad por las cortes, por razones de índole dogmático, etc.), como se evidencia de recientes obras de autores nacionales, *vid*. Pazmiño Ycaza, Antonio. *Temas arbitrales: El control judicial en el arbitraje y los diferentes centros de arbitraje a nivel mundial.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014, pp. 82-86; Santos Dávalos, Oswaldo. "La acción de nulidad de laudos arbitrales". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 8* (2016), pp. 404-407.

9 Es de particular interés el criterio expuesto por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Según la Presidencia de la Corte, los procesos de nulidad de laudos no se rigen por las leyes vigentes al momento de la presentación de la acción de nulidad. Al contrario, continúa, este tipo de procesos se deben tramitar de acuerdo a las normas vigentes "al momento de presentación de la demanda arbitral". Con tal razonamiento, concluye y resuelve que, si en 2017, se inició una acción de nulidad en contra de un laudo dictado en un juicio de árbitros iniciado en 2015, el proceso de nulidad no debe regirse por las normas vigentes en 2017, cuando se presentó la acción de nulidad, sino por las vigentes en 2015, cuando se presentó la demanda arbitral. Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017*-00025. Auto interlocutorio, 13 de noviembre de 2017. La referida Presidencia ha reiterado este criterio en múltiples causas, *vid*. Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00014G*. Oficio, 14 de febrero de 2017; Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00028*. Oficio, 16 de agosto de 2017; Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00029*. Oficio, 16 de agosto de 2017; Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00032*. Oficio, 12 de enero de 2018; Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00043*. Oficio, 12 de enero de 2018; Corte Provincial de Justicia del Guayas. Presidencia. *Causa 09100-2017-00046*. Oficio, 26 de enero de 2018. Así, por lo menos en la provincia del Guayas, la acción de nulidad de laudos es, en la práctica, un recurso.

En los últimos años, la incertidumbre sobre este oscuro artículo ha crecido aún más con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), publicado en el Suplemento del Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015, pues esta ley adjetiva pasó a ser la ley supletoria de la actual LAM, en virtud del artículo 37 de esta última[10]. Con estos antecedentes, no es absurdo afirmar que el artículo 31 de la LAM es una norma cuyo contenido es oscuro, y que por ende, necesita ser aclarada.

3. La analogía como método de interpretación de la ley

El método propuesto para aclarar al artículo 31 sería la figura de la analogía interpretativa.

La analogía es reconocida como el primer método de integración de la ley. Cuando existe una laguna legal, es decir, cuando la ley calla en absoluto, el Código Civil del Ecuador, en su artículo 18, numeral 7, permite el uso de la analogía. En concreto, la ley manda que "[a] falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos"[11].

El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante, COFJ), en su artículo 29, inciso 3, de igual manera dispone que "[c]ualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos"[12]. La analogía, se dice, solo sirve para llenar vacíos; por ello, hay quienes afirman que esta no puede ser usada para interpretar la ley:

> Se dice que la analogía es un proceso de integración del derecho, porque con ella se agrega a esta soluciones que no ha formulado. La analogía no sería, pues, un medio de interpretación, ya que toda interpretación supone determinar el sentido de una norma ya formulada[13].

Al contrario, don Andrés Bello, al redactar el Código Civil de Chile, incluyó a la analogía tanto como herramienta para integrar la ley, como para interpretarla. Vodanovic explica que el célebre redactor "piensa que la analogía puede desempeñar las dos funciones"[14]. Precisamente, el artículo 18, numeral 4, inciso 2, del Código Civil del Ecuador establece que "[l]os pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto"[15]. El citado artículo puede ser explicado de la siguiente manera:

> Si una ley, por ejemplo, puede tomarse en dos sentidos, y otras leyes que versan sobre materias similares tienen claramente uno de esos sentidos, el juez al darle éste a

10 LAM. Artículo 7. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
11 Código Civil. Artículo 18 numeral 7. Registro Oficial 46 Suplemento de 24 de junio de 2005.
12 COFJ. Artículo 29, inciso 3. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.
13 Vodanovic, Antonio. *Curso de Derecho Civil: Tomo I - Parte General*, 3.ª ed., volumen 1. Santiago: Nascimento, 1961, p. 145.
14 *Ibíd.*
15 Código Civil. Artículo 18, numeral 4, inciso 2. Registro Oficial 46 Suplemento de 24 de junio de 2005.

> la ley ambigua considerando el antecedente de las otras, lo que hace es interpretar la ley por analogía. En consecuencia, según esta concepción más amplia, la analogía sería el procedimiento en virtud del cual se resuelven conforme a leyes que rigen casos semejantes o análogos uno no previsto por la ley en su letra ni en su espíritu, o uno previsto pero cuya ley aplicable no tiene sentido claro a su respecto[16].

En el Derecho común, por tanto, la analogía puede ser usada para aclarar leyes oscuras; esto también es válido en el Derecho Procesal. El artículo 29, inciso 2, del COFJ establece que "[l]as dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal"[17]. La figura jurídica de la analogía es, en efecto, una institución que también pertenece a la parte general del Derecho Procesal; así se lo ha reconocido, por ejemplo, por el procesalista Alsina[18]. El uso de la analogía como método de interpretación puede afirmarse, entonces, que está permitido en los casos de oscuridad de normas procesales. A continuación, se usará esta herramienta jurídica para aclarar al artículo 31 de la LAM, norma procesal que regula a la impugnación de laudos arbitrales, a través de normas claras de una institución que se considere análoga.

4. La casación como institución análoga a la nulidad de laudos arbitrales

Ortiz Herbener, en su referida obra, observó que existe una gran similitud de redacción entre la LAM y la antigua ley de casación (hoy derogada por el COGEP)[19]. Por esta y por otras razones expuestas a continuación, se propone al recurso de casación como una institución jurídica cuyas normas actuales y características particulares son análogas a las del proceso de nulidad de laudos arbitrales, tal y como se encuentran redactadas hoy en día. Los siguientes son los puntos en los que puede considerarse a estas dos instituciones como análogas:

4.1. Nombre

El recurso vertical regulado en capítulo cuarto del título cuarto ("impugnación") del libro tercero ("disposiciones comunes a todos los procesos") del COGEP, tiene por nombre "casación". La acción de casar, relata Alvear Macías, "significa anular"[20]. Lo mismo explica el procesalista Véscovi: la palabra francesa *casser* (de la cual deriva "casación") equivale a "anular"[21]. El recurso de casación es un recurso de anulación o de nulidad; su nombre es esencialmente idéntico al de la impugnación de laudos arbitrales: ambos se llaman "nulidad".

16 Vodanovic, Antonio. *Curso de Derecho Civil. Óp. cit.*, p. 145.
17 COFJ. Artículo 29 inciso 2. Registro Oficial 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.
18 *Vid.* Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2.ª ed., tomo 1. Buenos Aires: Ediar, 1956, p. 97.
19 *Vid.* Ortiz Herbener, Andrés. "Acción de Nulidad". *Óp. cit.*, p. 24.
20 Alvear Macías, Jorge. *Estudio de los recursos en el proceso civil*, 2.ª ed. Guayaquil: Edino, 1993, p. 183.
21 Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnatorios en Iberoamérica*. Buenos Aires: Depalma, 1988, p. 231.

4.2. Objeto

Tienen objetos distintos: el recurso de casación tiene por objeto, principalmente, a las sentencias dictadas por las cortes provinciales[22]. La acción de nulidad de laudos, tiene por objeto, en cambio, a los laudos dictados por tribunales arbitrales[23]. La similitud reside en las características intrínsecas de ambos tipos de decisiones jurisdiccionales[24]: tanto la casación como la acción de nulidad de laudos, tienen por objeto decisiones jurisdiccionales[25], de última instancia, dictadas dentro de procesos de conocimiento, sobre las cuales no recae recurso posterior alguno, sino solamente los recursos horizontales de aclaración y ampliación[26].

4.3. Fin

El recurso de casación, tal como lo describe el artículo 10, inciso 2, del COFJ, tiene como objetivo, no la revisión del fondo de la litis[27], sino el ejercicio del "control de la legalidad y del error judicial en los fallos de instancia"[28], mediante limitadas y taxativas causales, con el propósito de anular a la sentencia que incurra en estos vicios. De igual manera, la acción de nulidad de laudos tiene como fin el control de legalidad y error judicial de los laudos arbitrales, en el que se busca remediar "vicios de orden procesal en el conocimiento de la causa por parte del Tribunal Arbitral, así como vicios de extra petita en la decisión"[29].

4.3.1. Control de legalidad

En la casación, el control de legalidad se materializa en los supuestos de las causales 1, 2, 4 y 5 del artículo 268 del COGEP[30]. En dichas causales, "se obliga a que se compare la sentencia con la norma jurídica, sea ésta procesal o substancial, con el objetivo de averiguar si la sentencia viola la respectiva norma jurídica"[31].

El control de legalidad en la acción de nulidad de laudos arbitrales es relativamente igual: en esta impugnación, tampoco existe una revisión del fondo (*i.e.* de lo discutido en el arbitraje precedente); al contrario, esta consiste en "un procedimiento sumarísimo de supervigilancia de la corrección externa del trámite del juicio arbitral"[32]. Así, en

22 COGEP. Artículo 266, inciso 1. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

23 LAM. Artículo 31, inciso 2; Artículo 32, inciso 3. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

24 COFJ. Artículo 7, inciso 4. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

25 Sobre la potestad jurisdiccional de los árbitros, *vid*. Tribunal Constitucional (España). Sección Segunda. *Auto 326/1993*. Auto, 28 de octubre de 1993; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). *Rocca, J.C. c/ Consultara S.A. s/ ordinario*. Sentencia, 31 de mayo de 1999.

26 COGEP. Artículo 265. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015; LAM. Artículo 30, inciso 1. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

27 COFJ. Artículo 10, inciso 2. Registro Oficial 544 Suplemento de 9 de marzo de 2009.

28 Alvear Macías, Jorge. *Estudio de los recursos*. *Óp. cit.*, p. 189.

29 Corte Constitucional. *Sentencia 007-16-SCN-CC*. Sentencia, 28 de septiembre de 2016.

30 COGEP. Artículo 268, numerales 1, 2, 4 y 5. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

31 Alvear Macías, Jorge. *Estudio de los recursos*. *Óp. cit.*, p. 189.

32 Corte Constitucional. *Sentencia 302-15-SEP-CC*. Sentencia, 16 de septiembre de 2015.

> ninguna de las decisiones que los jueces ordinarios expidan en ejercicio de dicho control, deben tener como propósito alterar o modificar la decisión adoptada por los tribunales arbitrales, sino que a través de la acción de nulidad de un laudo arbitral lo que ha de pretenderse es el control de legalidad de dicho laudo a través de la verificación de que se encuentre ajustado a derecho[33].

A diferencia del realizado en la casación, el control de legalidad en el arbitraje se limita a aspectos procesales (*i.e.* errores *in procedendo*), pero no a todo tipo de aspectos procesales, sino solamente a los expuestos en los de los literales a, b, c y e del artículo 31 de la LAM[34].

4.3.2. Control de error judicial

El supuesto de la causal 3 del antedicho artículo 268 del COGEP materializa el control de error judicial[35]. Según Alvear Macías:

> [Esta causal busca anular las sentencias judiciales en las que] se resuelva sobre asuntos ajenos a la litis (extra petita): también, que no se resuelva sobre todos los asuntos litigados sino sobre una parte de ellos (mínima petita); o, que se concediere más de lo que se reclama en la demanda (ultra petita)[36].

Véscovi comparte mismo criterio; para él, esta casual de la casación apunta a la falta de congruencia:

> [Existe falta de congruencia cuando el juez, en sentencia] decida más de lo pedido por la parte (ultrapetita) o fuera de ello (extrapetita), sino aun cuando no se resuelven todos los petitorios realizados como pretensiones que las partes han sometido al juzgador (citrapetita)[37].

El control del error judicial en los laudos, en cambio, se encuentra recogido en el literal d del artículo 31 de la LAM[38]:

> [El laudo está viciado de nulidad cuando] los árbitros, al resolver la controversia, se exceden del ámbito de aplicación de la misma y resuelven sobre cuestiones no sometidas a su decisión, bien porque lo han hecho concediendo más allá de lo pedido, bien porque han decidido sobre cosa distinta de lo pedido, o porque han resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje, las hayan o no planteado las partes[39].

Cabe recalcar que el control de error judicial de los laudos es análogo, pero no idéntico, al de las sentencias judiciales de última instancia. A diferencia de la casación, la acción de nulidad de laudos no considera a la infra petita, citra petita, o mínima petita, como una causal de nulidad: en el arbitraje, "[l]a respuesta jurídica a dicho error del tribunal es re-someter al arbitraje la parte pendiente, no

33 Corte Constitucional. *Sentencia 325-15-SEP-CC*. Sentencia, 30 de septiembre de 2015.
34 LAM. Artículo 31, inciso 1, literales a, b, c y e. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
35 COGEP. Artículo 268 numeral 3. Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.
36 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje*. *Óp. cit.*, p. 204.
37 Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales*. *Óp. cit.*, pp. 258-259.
38 LAM 2006. Artículo 31, inciso 1, literal d. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
39 Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. *Óp. cit.*, p. 151.

destruir el trecho caminado mediante la nulidad o no-reconocimiento del laudo o emitir un laudo adicional"[40].

4.4. Término

Tanto en el recurso de casación como en la acción de nulidad de laudos, el término legal para la interposición es de diez días después de ejecutoriada la decisión objeto de la impugnación[41]. El recurso de casación, por un lado, "es operativo únicamente luego de que se haya producido la ejecutoria de la sentencia o auto de que se recurra y no antes"[42], y la impugnación de laudos, similarmente, procede únicamente contra un laudo arbitral que haya "alcanzado ejecutoria y tenga efecto de cosa juzgada, es decir, que el proceso arbitral en que aquél se dictó se encuentre totalmente concluido en su trámite"[43].

Que ambas se dirijan en contra de resoluciones ejecutoriadas, se debe a que, tanto la una como la otra, están dirigidas a atacar a la cosa juzgada resultante de aquella ejecutoría de una decisión emitida en un proceso de conocimiento. Se considera que la institución de la casación es una acción entablada en contra de la autoridad de la cosa juzgada:

> Hemos de entender lógica y jurídicamente que la casación, como impugnación suprema y extraordinaria, cabe respecto de las sentencias y autos que concluyen, terminan, dan fin a los procesos de conocimiento. Dicho de otro modo, cuando la sentencia o el auto no puede ser ya objeto de recurso alguno, cuando a la condición de inimpugnable mediante recurso, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior; es decir, el precepto legal en comentario establece como requisito de procedencia de la casación la existencia de cosa juzgada sustancial, en cuanto ella, la casación, ataca a la sentencia o auto que han logrado esa categoría[44].

Este es el caso de la impugnación de laudos arbitrales, pues los procesos arbitrales son siempre procesos de conocimiento: en el sistema jurídico ecuatoriano, se considera al arbitraje como "un proceso sometido al ordenamiento jurídico infraconstitucional y en el que una autoridad arbitral resuelve un conflicto en el marco del desarrollo y sustanciación de la causa equivalente a un proceso de conocimiento"[45]. Dicho de otro modo: considerando que "el árbitro carece de imperio"[46], no pueden conocer acciones de ejecución, y por ello no pueden sustanciar ni resolver procesos de ejecución; en consecuencia los árbitros solamente pueden sustanciar procesos de conocimiento, en los que, por naturaleza, "se impone a las partes con la misma autoridad […] de la cosa juzgada"[47].

40 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. 4.ª ed. México: Porrúa, 2014, p. 951.
41 COGEP. Artículo 266, inciso 3. Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015; LAM 2006. Artículo 31. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
42 Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Administrativo. *Causa 161-96*. Sentencia, 10 de septiembre de 1996.
43 Salcedo Verduga, Ernesto. *El arbitraje. Óp. cit*, p. 156.
44 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. *Causa 17-2003*. Sentencia, 8 de enero de 2013.
45 Corte Constitucional. *Sentencia 123-13-SEP-CC*. Sentencia, 19 de diciembre de 2013.
46 González de Cossío, Francisco. *Arbitraje. Óp. cit*, p. 1167.
47 Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico. Óp. cit*, tomo 7, 1965, p. 53.

4.5. Caución

En la referida obra de Ortiz Herbener, como ya fue mencionado, es posible apreciar una observación que el autor hace sobre la similarísima redacción que tienen el artículo 11, inciso 1, de la extinta Ley de Casación[48] y el artículo 31, incisos 3-4, de la LAM[49], respecto a la caución[50]. El artículo 271 del COGEP recoge la misma similitud[51]. El término para establecerla, en ambos casos de casación y nulidad de laudos, es de tres días de recibida la impugnación, pues la ejecución de decisión jurisdiccional impugnada (*i.e.* la sentencia o el laudo, en su caso) es lo que procede al estar esta ejecutoriada[52].

5. Conclusiones preliminares

Los cinco puntos antedichos –nombre, objeto, fin, término y caución– son los elementos por los cuales se podría afirmar que el recurso de casación y la acción de nulidad de laudos son, definitivamente instituciones jurídicas análogas. Esta fuerte analogía entre la acción de nulidad de laudos y la casación permitiría solucionar una de las dudas generadas a partir de la oscuridad del artículo 31 de la LAM.

La primera duda que se podría aclarar usando este método es el de la tan discutida naturaleza jurídica de la nulidad de laudos: si se ajusta esta institución a lo previsto sobre la casación en el artículo 10, inciso 2, del COFJ, podría concluirse que esta no es ni instancia ni grado, sino un recurso extraordinario, uno de control de legalidad y error judicial (pero aún más limitado que la casación) tal como se lo comprobó en párrafos anteriores[53]. Compartiéndose el criterio de Ortiz Herbener, "la 'acción' de nulidad no es en realidad, sino un recurso"[54] Esta conclusión concuerda perfectamente con la inmensa analogía que existe entre ambas instituciones, puesto que de lo analizado anteriormente, la nulidad de laudos es básicamente una pequeña casación del laudo. La acción de nulidad de laudos sería un recurso en todo menos en nombre, uno de los casos en los que la letra de la ley traiciona a la institución que esta intenta regular.

5.1. La acción de nulidad de laudos arbitrales es un recurso extraordinario

La casación y la nulidad de laudos tendrían la misma naturaleza jurídica, la de un recurso extraordinario. El recurso extraordinario, al contrario del ordinario (*e.g.* apelación),

48 Ley de Casación. Artículo 11, inciso 1. Registro Oficial 299 Suplemento de 24 de marzo de 2004.
49 LAM. Artículo 31, incisos 3-4. Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.
50 Ortiz Herbener, Andrés. "Acción de nulidad". *Óp. cit*, p. 24.
51 COGEP. Artículo 271. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.
52 COGEP. Artículo 274. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015; LAM 2006. Artículo 32, inciso 1. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
53 COFJ. Artículo 10, inciso 2. Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.
54 Ortiz Herbener, Andrés. "Acción de nulidad". *Óp. cit*, p. 34.

> aparece de modo más excepcional y limitado, tanto porque se exigen para su interposición motivos determinados y concretos, como por cuanto el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa, sino solamente sobre aquellos sectores de ella que por la índole del recurso se establezca particularmente[55].

Este tipo de recurso se caracteriza porque "sólo se concede en casos extremos, se rodea de formalidades especiales, [y] se refiere a causales taxativamente enumeradas"[56]. Se caracterizan también por darse en contra de decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada, por no admitirse en efecto suspensivo, y por exigir una fianza o caución para solicitar que no se ejecute la decisión impugnada[57].

El recurso de casación, por ser un recurso extraordinario, naturalmente posee todas estas características. No es sorpresa que la nulidad de laudos, aparte de las varias similitudes analizadas con el recurso de casación, también comparte las características esenciales del género de los recursos extraordinarios.

Puesto que la casación es un recurso extraordinario, y la nulidad de laudos comparte la naturaleza de la casación, seguiría que todo lo relativo al género de los recursos extraordinarios podría aplicarse a la nulidad de laudos, de esta manera se aclaran aún más sus propiedades. De este modo, por ejemplo, quedaría claro e incuestionable que la nulidad de laudos, como recurso extraordinario que es, no constituye segunda instancia del proceso arbitral, de igual manera que la casación, "[n]o constituye una tercera instancia"[58].

5.2. Las normas de la casación como normas interpretativas e integradoras

En consecuencia de todo lo dicho y sobre la base del artículo 18, numeral 4, inciso 2, del Código Civil del Ecuador[59], dado que la casación y la nulidad de laudos son instituciones completamente análogas y pertenecen al mismo género (*i.e.* la categoría de los recursos extraordinarios), sus normas serían perfectamente adecuadas para aclarar y delimitar el contenido y alcance del oscuro artículo 31 de la LAM.

Asimismo, las normas de la casación podrían ser usadas tanto como normas supletorias para llenar los vacíos legales del artículo 31, como a manera de reglas de criterio dogmático para evaluar la idoneidad de las normas infralegales con las que se pretenda regular a la acción de nulidad.

55 Véscovi, Enrique. *Los recursos judiciales*. *Óp. cit.*, p. 66.
56 *Id.*, p. 217.
57 *Id.*, p. 224.
58 Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico*. *Óp. cit.*, tomo 4, 1961, p. 318.
59 Código Civil. Artículo 18, numeral 4, inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

6. La resolución 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia

En el Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017, se publicaron las Reglas para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral, la resolución 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, Resolución 8). Esta resolución es una de varias que surgen a partir de la iniciativa de la Corte Nacional de Justicia de iluminar las oscuridades y parchar los huecos creados en el derecho procesal nacional con la expedición del COGEP.

La mencionada resolución fue emitida con fundamento en la potestad normativa hallada en el artículo 180, numeral 6, del COFJ. Según esta disposición, la Corte Nacional de Justicia está facultada para "[e]xpedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley"[60]. En el caso concreto, la Resolución 8 tiene dos objetivos específicos que se pueden inferir a partir de sus considerandos:

Primero, aclarar la situación jurídica del trámite judicial de la acción de nulidad de laudos establecida en el artículo 31 de la LAM vis a vis con los principios constitucionales y orgánicos concentrados en el COGEP, referentes a la implementación obligatoria de la oralidad en todo tipo de proceso[61].

Segundo, el resolver (¿provisoriamente?, ¿permanentemente?) el *impasse* creado, en principio, por las emblemáticas sentencias de la Corte Constitucional 173-14-SEP-CC del 15 de octubre de 2014 y la 325-15-SEP-CC del 30 de septiembre de 2015, contradictorias referente a la admisibilidad del recurso de apelación en las sentencias dictadas en este tipo de procesos de nulidad de laudos[62].

7. Observaciones y críticas a la Resolución 8

Dado que el recurso de casación, tal como está normado hoy, tiene inmersos en sí los principios constitucionales de oralidad y celeridad que caracterizan al COGEP, las normas que lo regulan, por ende, podrían dar una idea del cómo sustanciar el proceso de la acción de nulidad de laudos con la aplicación de los antedichos principios.

60 COFJ. Artículo 180, numeral 6. Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009.

61 COGEP. Artículo 4. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

62 La sentencia constitucional 173-14-SEP-CC del 15 de octubre de 2014 expresa que "[…] la restricción impuesta en el artículo 30 –inapelabilidad laudo arbitral– genera un efecto directo también en la acción de nulidad, ya que caso contrario la Ley hubiera establecido la facultad de recurrencia de la sentencia que resuelva dicha acción". La sentencia constitucional 325-15-SEP-CC del 30 de septiembre de 2015, en cambio, manifiesta que "existe una limitación normativa para formular un recurso de apelación frente a un laudo arbitral, pero aquello no implica que la sentencia de nulidad de laudo arbitral no sea apelable, tomando en cuenta que el legislador no ha establecido una restricción específica o exclusiva a tal posibilidad". Ambas resoluciones fueron dictadas en un lapso no mayor a un año; la primera fue dictada el 15 de octubre de 2014, y la segunda, el 30 de septiembre de 2015.

7.1. Artículo 1

El numeral 1 del artículo 1 de la Resolución 8 establece que "[l]a acción de nulidad de laudo arbitral se presentará ante el árbitro o tribunal arbitral que dictó el laudo, dentro del término de diez días contados desde la fecha en que éste se ejecutorió"[63]. Este artículo no presenta complejidad alguna. Comparándolo con la normativa de la casación, este se ajusta de manera perfecta: según el artículo 266, inciso 3, del COGEP, la casación también se presenta ante la autoridad que dictó la sentencia (*i.e.* la Corte Provincial) dentro del término de diez días[64].

Los numerales 2 y 3 del mencionado artículo 1 de la Resolución 8 dictan que "[e]l árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días remitirá el proceso al o la Presidenta de la Corte Provincial de Justicia, respectiva"[65], y que este juez provincial, habiendo recibido el proceso, "verificará si la acción fue interpuesta dentro de término, en caso afirmativo la pondrá en conocimiento de la contraparte para que la conteste dentro del término de cinco días. En caso negativo inadmitirá la petición"[66]. Es en esta parte en la que sí existe un problema:

Desde un punto de vista práctico, no es ideal que la calificación temporal de recurso dependa del Presidente de la Corte Provincial, cuando bien podrían hacerlo los árbitros. Desde un punto de vista dogmático, y tratando de aclarar la normativa del artículo 31 de la LAM a través del lente de la casación (o sea, con la analogía interpretativa), debería seguirse el modelo presente en el artículo 269, inciso 2, del COGEP: siguiendo el modelo de la casación, deberían ser los árbitros quienes califiquen si la acción de nulidad fue presentada dentro de término[67].

Por otro lado, la notificación a la contraparte cuando la acción haya sido presentada dentro de término, se halla en completa armonía con lo señalado en el artículo 270, inciso 5, del código adjetivo antedicho; lo curioso en esta parte es la contestación y el término para esta, que no tiene paralelo en la casación. Está de más, entonces, que la contraparte se manifieste por escrito dentro de la tramitación de esta acción, puesto que esto no encuentra paralelo en el arquetipo que ofrece la casación.

El numeral 4 del artículo 1, por su parte, señala que el juez provincial llamará a las partes a una "audiencia única, la que tendrá lugar dentro del término de treinta días contados desde la fecha que tuvo conocimiento de la acción. En

63 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 1, numeral 1. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

64 "Se interpondrá de manera escrita dentro del término de diez días, posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración". COGEP. Artículo 266, inciso 3. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

65 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 1, numeral 2. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

66 *Eiusdem*.. Artículo 1, numeral 3.

67 "La Sala de la Corte Provincial de Justicia de la que provenga la sentencia o auto recurrido, se limitará a calificar si el recurso de casación ha sido presentado dentro del término previsto para el efecto y remitirlo, de inmediato, a la Corte Nacional de Justicia". COGEP. Artículo 269, inciso 2. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

esta audiencia se practicarán las pruebas anunciadas al proponer la nulidad o al contestarla"[68]. Este numeral combina el término para resolver la acción con la regla general del nuevo derecho común procesal, de resolver los recursos en audiencia única[69]. Sobre este punto existe el siguiente problema: la posibilidad de practicar prueba en audiencia.

Es probable que los jueces nacionales que emitieron la Resolución consideran que la nulidad de laudos es una acción autónoma y, por tanto, sí debe haber prueba, tomándose en cuenta que las acciones judiciales comienzan con una demanda, y uno de los requisitos de la demanda es el de anunciar todos los medios de prueba para acreditar los hechos[70]. En concepción de la Corte Nacional de Justicia, la interposición de una acción de nulidad iniciaría un proceso de conocimiento, de única instancia, en el que se evaluaría prueba. Esta disposición contenida en el numeral 4 es un error manifiesto de la Corte Nacional de Justicia, y este error surge precisamente de concebir a la impugnación de laudos como acción y no como un recurso extraordinario.

Como la impugnación de laudos sería en realidad un recurso extraordinario, y los recursos extraordinarios, según el artículo 10, inciso 2, del COFJ, no constituyen instancia ni proceso de conocimiento, es improcedente que se evalué prueba alguna. Por tanto, como manifiesta la doctrina, la nulidad de laudos debería de resolverse "en mérito de los autos"[71], como ocurre en la casación[72]. Haciendo uso de la analogía interpretativa, la integridad dogmática del trámite de nulidad de laudos como recurso extraordinario análogo a la casación quedaría a salvo, pues los requisitos para interponer el recurso de casación (como el texto del artículo 31 de la LAM) no mencionan nada relativo a la prueba[73]; el modelo de la casación es el que debería usarse.

7.2. Artículo 2

Sobre el artículo 2, que norma que, respecto a la audiencia, se "deberá seguir los lineamientos generales de las audiencias establecidas en el artículo 79 del COGEP y, tomará en cuenta los efectos previstos en el artículo 87 del mismo cuerpo legal"[74], no hay mucho que decir. Este artículo es idéntico al artículo 272 del COGEP, que regula a la audiencia en el capítulo de la casación[75].

68 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 1, numeral 4. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.
69 COGEP. Artículos 260 y 272. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.
70 COGEP. Artículo 142, numeral 7. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.
71 Ortiz Herbener, Andrés. "Acción de nulidad". *Óp. cit.*, p. 34.
72 Corte Suprema de Justicia. Sala Especializada de lo Fiscal. *Causa 105-98*. Sentencia, 20 de octubre de 1999.
73 COGEP. Artículo 267. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.
74 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 2 Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.
75 "Recibido el expediente, la o el juzgador de casación convocará a audiencia en el término de treinta días, conforme con las reglas generales de las audiencias previstas en este Código". COGEP. Artículo 272. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

7.3. Artículo 3

El artículo 3 de la Resolución 8, por otro lado, prescribe que, dentro de la audiencia, el juez provincial "deberá pronunciar su decisión en forma oral, y notificará la sentencia motivada por escrito, conforme a lo establecido en los artículos 93 y 94 del Código Orgánico General de Procesos"[76]. Sobre lo que dice este artículo tampoco hay mucho que señalar, el mismo se alinea a lo dispuesto en el artículo 273, inciso 1, del COGEP, que dispone que al final de la audiencia de casación, los jueces nacionales deben dictar su sentencia oral[77].

7.4. Artículo 4

Por último, el artículo 4 establece que "[d]e la sentencia que dicte la o el Presidente de la Corte Provincial, no habrá recurso alguno, salvo los recursos horizontales de aclaración o ampliación"[78]. Esta es la solución que los jueces nacionales le dan al *impasse* constitucional mencionado en los párrafos anteriores (*impasse* también referenciado al comienzo de este ensayo).

La Corte Nacional de Justicia, sin explicar sus motivos, se alinea con la tesis de la sentencia constitucional 173-14-SEP-CC del 15 de octubre de 2014 (*i.e.* la que no admite la apelación sobre la sentencia dictada en un proceso de nulidad de laudos), como se nota de sus considerandos. La Corte Nacional de Justicia, sin embargo, omite justificar por qué escoge esta sentencia y no la otra, la sentencia 325-15-SEP-CC del 30 de septiembre de 2015 (*i.e.* la que sí admite la apelación). Es más, a esta segunda sentencia ni siquiera la menciona en sus considerandos.

Independientemente de lo decidido por la Corte Nacional de Justicia, si se toma la posición de no admitir la apelación, esta sería perfectamente concordante desde el punto de vista de la analogía interpretativa. Es completamente lógico que, siendo la nulidad de laudos un recurso extraordinario (y no como un proceso de conocimiento de instancia única, como implícitamente lo ha reconocido la Corte Nacional de Justicia con su Resolución 8), la sentencia dictada en este proceso no sea susceptible a otro recurso vertical posterior, como sucede en el caso de la sentencia dictada en casación (que solo admite aclaración y ampliación[79]).

---

76 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 3. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

77 "Una vez finalizado el debate, la o el juzgador de casación pronunciará su Resolución en los términos previstos en este Código". COGEP. Artículo 273, inciso 1. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

78 Corte Nacional de Justicia. *Resolución 08-2017*. Artículo 4. Registro Oficial 983 de 12 de abril de 2017.

79 COGEP. Artículo 250, inciso 2. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

7.5. Disposición penúltima

La penúltima disposición contenida en la Resolución 8 dice que "[e]sta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial". La resolución fue emitida el 22 de marzo de 2017.

No obstante a ello, el ya referido artículo 180, numeral 6, del COFJ prescribe que las resoluciones dictadas por la Corte Nacional de Justicia "regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial"[80]. El artículo 5, inciso 2, del Código Civil del Ecuador, sobre el principio general de la publicidad de las normas[81], complementa este precepto.

La penúltima disposición de la Resolución 8 claramente viola preceptos contenidos en leyes orgánicas y ordinarias y, por ende, es ilegal. La Resolución 8 no debió comenzarse a aplicar desde la fecha de su emisión, sino desde el 12 de abril de 2017, fecha de su publicación en el Registro Oficial.

8. Conclusiones finales

Con todo lo expuesto, se concluye que el artículo 31, por sí solo, es una norma cuya oscuridad provoca, y sigue provocando, problemas jurídicos relativos a las reglas que gobiernan el proceso de nulidad de laudos. La oscuridad de dicho artículo también ocasiona la duda sobre la verdadera naturaleza jurídica de la impugnación de laudos arbitrales por vía de nulidad.

El análisis realizado permite concluir que la institución jurídica de la casación es una institución análoga a la nulidad de laudos arbitrales (pues estas son casi idénticas en aspectos como el nombre, objeto, fin, término, y caución), y por tanto, la oscuridad normativa del artículo 31 de la LAM puede ser vencida a través de la regla interpretativa contenida en el artículo 18, numeral 4, inciso 2, del Código Civil del Ecuador, que trata sobre la analogía interpretativa: las leyes oscuras (*e.g.* el artículo 31 relativo a la nulidad de laudos) pueden ser aclaradas con leyes que regulen asuntos análogos (*e.g.* con las normas que regulan a la casación)[82].

La aplicación de la analogía interpretativa arroja luces sobre la discutida naturaleza jurídica de la impugnación de laudos por vía de nulidad: tal impugnación no es una acción como señala la ley, sino un recurso extraordinario de control de legalidad y error judicial, tal como la casación es descrita en el artículo 10,

80 COFJ. Artículo 180, numeral 6. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.
81 Código Civil. Artículo 5, inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
82 Código Civil. Artículo 18 numeral 4 inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

inciso 2, del COFJ[83]. Entender a la acción de nulidad de laudos como un recurso extraordinario coadyuva aún más al entendimiento de sus propiedades y características.

De este modo, dado que la casación y la nulidad de laudos son instituciones análogas y comparten la misma naturaleza jurídica, las normas de la primera serían adecuadas para aclarar a la norma que regula a la segunda. De la misma manera, las normas de la casación contenidas en el COGEP, podrían ser usadas tanto como normas supletorias para llenar las lagunas del artículo 31 de la LAM, como a manera de reglas de criterio dogmático para evaluar la idoneidad de las normas infralegales como la Resolución 8 de la Corte Nacional de Justicia. Con respecto a esta resolución, se concluye lo siguiente:

El numeral 1 de su artículo 1 contiene una disposición errónea desde la óptica de la analogía interpretativa utilizada, pues manda a que sea el juez provincial el encargado de verificar si la acción de nulidad fue presentada dentro del término legal[84]. Siguiéndose el modelo de la casación del artículo 269, inciso 2, del COGEP, deberían ser los árbitros quienes se encarguen de la verificación del término[85].

Algo similar ocurre con la parte final del numeral 3 y con numeral 4 del mismo artículo 1, que añaden elementos ajenos a la naturaleza jurídica de la nulidad de laudos y sin paralelo alguno en las normas de la casación, como lo son la contestación por parte de la contraparte y el anunció de pruebas en la demanda y en la contestación[86]. La figura contestación simplemente no halla símil en la casación, y como recursos extraordinarios que ambos son, no deberían ser contestados por la parte contraria, sino simplemente notificados a ella.

El anuncio de pruebas en la demanda y contestación de la nulidad de laudos es un error más. La casación es un recurso extraordinario y según el artículo 10, inciso 2, del COFJ, los recursos extraordinarios no constituyen ni instancia ni proceso de conocimiento[87], por lo tanto es improcedente que se evalué prueba alguna: la casación se resuelve solo por el mérito de los autos. Como la nulidad de laudos es también un recurso extraordinario, tampoco debería contemplar la evaluación de prueba alguna. Siguiendo el modelo normativo de la casación a través de la analogía interpretativa, la Resolución 8 no debería agregar la evaluación de prueba; en cambio, debería disponer que la nulidad de laudos solo se resuelva en mérito de los autos tal como en la casación.

83 COFJ. Artículo 10 inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.
84 Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2017. Artículo 1 numeral 1. Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.
85 COGEP. Artículo 269 inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.
86 Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2017. Artículo 1 numeral 3 y 4. Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.
87 COFJ. Artículo 10, inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Por último, se concluye que si bien el artículo 4, que dispone que no cabe apelación de la sentencia dictada en el proceso de nulidad de laudos[88], es correcta, en cambio, su motivación no. La justificación de esta norma trascendental debería ser que, si la sentencia de casación puede ser objeto de apelación porque no es instancia, tampoco debería serlo la sentencia dictada en un proceso de nulidad de laudos. Ambas son recursos extraordinarios que no constituyen instancia; subsecuentemente, usando la analogía interpretativa, debería aplicarse el artículo 250, inciso 2, del COGEP, que autoriza solamente a los recursos de aclaración y ampliación sobre este tipo de sentencias[89].

88 Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 08-2017. Artículo 4. Registro Oficial No. 983 de 12 de abril de 2017.
89 COGEP. Artículo 250, inciso 2. Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

La maternidad subrogada: propuesta para considerarla como una forma de trabajo en Ecuador

Valeria Elizabeth Rosales Andrade
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: valeriarosales8@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen
El presente artículo está enfocado en la relación laboral y los derechos que se podrían constituir entre la madre subrogada y la pareja subrogante, a partir de un análisis de los elementos que el Código del Trabajo exige para que se configure un contrato individual de trabajo. El problema jurídico se centra en la inexistencia de regulación sobre el tema en cuestión y la posibilidad de establecer a la maternidad subrogada dentro del Derecho Laboral y la Constitución. Su falta de regulación resulta particularmente interesante considerando que, en el ordenamiento ecuatoriano, hay varias normas orientadas a proteger ciertos valores y derechos en cuanto a derechos de la familia y de las personas se refiere. Consecuentemente, a partir de estas consideraciones, se analizará qué elementos de la Constitución permitirían que la maternidad subrogada sea considerada una forma de trabajo y qué artículos del Código del Trabajo y la Constitución deberían ser enmendados con el fin de incluirla como tal.

Palabras clave
Maternidad subrogada, madre subrogada, pareja subrogante, relación laboral, relación de dependencia, contrato individual de trabajo.

Surrogate motherhood: A proposal to consider it as a form of work in Ecuador

Abstract
The following article is focused on the employment relationship and the rights that could be constituted between the surrogate mother and the surrogate couple, based on an analysis of the elements that the Labor Code establishes for an individual work contract to be set up. The legal problem focuses on the lack of regulation on the subject in question and the possibility of establishing the surrogate motherhood within the Labor Law and the Constitution. Its lack of regulation is particularly interesting considering that in the Ecuadorian legal system there are several norms oriented to protect certain values and rights regarding the rights of the family and the people they refer. Consequently, from these considerations will be analyzed which elements of the Constitution would allow surrogacy to be considered as a form of work and which articles of the Labor Code and the Constitution should be amended in order to include it as such.

Keywords
Surrogate motherhood, surrogate mother, surrogate couple, employment relationship, dependence relationship, individual work contract.

1. Introducción

Con el paso del tiempo y el desarrollo de la tecnología, se ha buscado una serie de alternativas cuyo objetivo es mejorar las condiciones de vida e incluso solucionar problemas de distinta índole que puedan afectar el pleno desenvolvimiento de los seres humanos. La maternidad subrogada es una de esas alternativas y se ha constituido como una de las soluciones más efectivas al problema de infertilidad, por medio de una mujer que da en alquiler su vientre para gestar al *nasciturus*. Sin embargo, no ha tenido total aceptación por parte de la sociedad, ya que se tiende a realizar prejuicios sobre la base de la moral.

En Ecuador, es una práctica que tiene vigencia pero no esta normada y la importancia de regularla se enfrasca en los riesgos, tanto médicos como legales, que implican llevarla a cabo. Como se ha dicho, con el fin de implementarla dentro del ordenamiento ecuatoriano, es necesario entender que, dentro de este método de reproducción, hay una serie de derechos que se podrían y se ven vulnerados por falta de tipificación, principalmente en materia laboral.

En consecuencia, en el presente artículo, se analizará la Constitución y el Código del Trabajo, con el fin de resolver si existe la posibilidad de llegar a admitir a la maternidad subrogada como una modalidad de trabajo, a la madre subrogada como trabajadora, a los padres subrogantes como empleadores y la existencia o no de relación de dependencia entre ellos. Asimismo, se revisará cómo el tema es regulado y normado en otros países, para finalmente proponer la enmienda tanto de la Constitución como del Código del Trabajo.

2. Conceptos preliminares

2.1. Concepto de maternidad subrogada

La maternidad subrogada, desde un punto de vista técnico, se lleva a cabo mediante un proceso quirúrgico donde el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, la cual se encargará de llevar a cabo la gestación y dar a luz, para posteriormente entregar al menor a la misma[1]. Dicha práctica consiste en una especie de contrato entre una mujer denominada madre portadora o subrogada, con una pareja casada denominada pareja subrogante[2].

Existen distintas razones por las que una pareja recurre a esta práctica, entre ellas se encuentran: problemas de infertilidad que, según datos de la Organización Mundial de la Salud, hasta 2010 los tenían aproximadamente 80 millones de parejas; ausencia de útero en la mujer, presencia de útero funcional pero con

1 *Cfr*. Córdoba, Jorge, y Sánchez, Julio. *Fecundación humana asistida: aspectos jurídicos emergentes*. Buenos Aires: Alveroni, 2000.
2 Fundación Víctor Grífols i Lucas. *Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*. Barcelona: Fundación Víctor Grífols y Lucas, 2010, p. 13

presencia de contraindicaciones médicas por riesgos, tenencia de útero funcional pero con historial de fracasos reproductivos, entre otras[3].

2.2. Concepto de madre subrogada o portadora

La madre subrogada es la mujer que acuerda quedarse embarazada con el fin de concebir un niño que será criado por otros, quienes serán reconocidos por la ley como sus padres[4]. Para que la mujer sea conocida como madre portadora, debe mediar un acuerdo o contrato con quienes serán los padres legales del menor. Adicionalmente, el bebé podría ser hijo biológico de uno de los padres subrogantes, siempre y cuando uno de ellos o ambos, hayan donado ya sea óvulos (por parte de la mujer) o semen (por parte del hombre)[5].

2.3. Concepto de pareja o padres subrogantes

Se emplea el término de padres subrogantes, para señalar a los individuos que pretenden convertirse en los padres legales del niño producto de un acuerdo de maternidad subrogada[6]. La pareja subrogante podría o no contribuir con su ADN y estar ligada biológicamente con el menor[7].

3. Tipos de maternidad subrogada según la participación de la pareja subrogante

La maternidad subrogada es una opción de tratamiento con intervención médica a la cual se acude cuando llevar a cabo la gestación es imposible. Existen diversas formas en que la maternidad subrogada puede ser llevada a cabo, según la intervención de la pareja subrogante en la gestación del *nasciturus*. En ciertos casos, la pareja subrogante aporta su material genético mediante el semen del varón; en otros casos consiste en la fusión de los gametos de uno de ellos y la donación de los óvulos o el semen de una tercera persona[8]. No obstante, hay circunstancias en las que ni el varón ni la mujer pueden contribuir con sus gametos; razón por la cual, la pareja solo se involucra en el acuerdo con otros donantes que darán su semen y óvulos[9].

Por lo tanto, el nombre que reciba el procedimiento a realizarse dependerá del nivel de infertilidad que posea la pareja subrogante y del protagonismo que tenga la madre subrogada en la gestación del *nasciturus.*

3 *Id.*, p. 14.
4 *Cfr.* Gimeno, Anna. *El deseo de ser madre*. Barcelona: Alba, 2011, p. 7.
5 *Ibíd.*
6 Traducción libre. Frankford, David, Bennington, Linda, y Ryan, Jane. "Womb Outsourcing: Commercial Surrogacy in India". *MCN, American Journal of Maternal Child Nursing.* 40/5 (2015), p. 286.
7 *Ibíd.*
8 Guillot, Rosa. "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, (1994), p. 323.
9 *Ibíd.*

4. La maternidad subrogada en Ecuador

4.1. Antecedentes de la maternidad subrogada en Ecuador

A escala mundial, se ha afirmado que uno de los primeros casos, referentes a la práctica de la maternidad subrogada, data del año 1975 en Estados Unidos, donde una pareja que no podía concebir sus propios hijos solicitaba los servicios de una mujer para que sea inseminada artificialmente[10]. En Ecuador, según una investigación realizada por la Comisión Nacional de Bioética en Salud (en adelante, CNBS), se han llevado a cabo varios procesos de maternidad subrogada desde el año 1993; no obstante, a pesar de su prolongada vigencia, no se han establecido regulaciones legales que la normen[11].

Según un informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida del año 2008, en Ecuador, existen alrededor de cuatro centros médicos en los que se lleva a cabo procedimientos de reproducción asistida y aproximadamente 474 ciclos de procedimientos de los mismos[12]. El informe de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida demuestra que dichos métodos, en los que se puede incluir a la maternidad subrogada, únicamente van a continuar vigentes en nuestro país.

Por otro lado, según datos provenientes de la misma fuente, en Ecuador han nacido aproximadamente 1100 niños por técnicas de reproducción asistida entre los años de 1990 hasta 2011[13]. Al parecer, el número de prácticas que se han llevado a cabo no han cesado, connotando una vez más la necesidad de regulación jurídica dentro de nuestro país. Indiscutiblemente, en Ecuador, esta práctica únicamente se seguirá desarrollando y su necesidad de legislación es idónea para regular y precautelar la salud de los menores y las madres subrogadas.

4.2. La maternidad subrogada como una forma de garantizar la institución de la familia

La maternidad subrogada es una práctica médica que ha llegado a obtener gran importancia tanto para derechos constitucionales como para los derechos reconocidos internacionalmente; sin embargo, no es una práctica que ha sido regulada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano[14].

En Ecuador, según un análisis realizado a partir de los datos proporcionados por

10 *Cfr.* Sambrizzi, Eduardo. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 110.
11 *Cfr.* Pacheco, Víctor y García, Agustín. *Criterio y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador*. https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf (acceso: 18/05/2018).
12 Zegers, Fernando., *et al*. *Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida*, 2008. http://redlara.com/images/arq/2008_registro%202008.pdf (acceso: 18/05/2018).
13 *Ibíd.*
14 *Cfr.* López, Irene. *La prueba científica de la filiación,* 1. México DF: Porrúa, 2005.

los censos nacionales, la tasa de fecundidad del año 1990 de 10,64 % bajó a 6,85 % para el año 2007[15]. Lo cual demuestra el decrecimiento de embarazos por diversas razones, incluida la infertilidad.

A partir de un análisis de la Constitución ecuatoriana y los derechos que esta protege y garantiza, es posible mantener una actitud optimista respecto a la posibilidad de un procedimiento legislativo sobre este tema controversial.

En la Constitución, en lo que respecta al capítulo sexto de Derechos de libertad, en el artículo 66, numeral nueve, determina que "se reconoce y garantiza a las personas el derecho de tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual"[16]. De la misma manera promueve el acceso a los medios idóneos para que dichas decisiones se den en condiciones seguras[17]. Agrega igualmente, en el numeral diez, que "se reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener"[18].

Evidentemente, se buscan proteger ciertos valores y derechos en cuanto a la familia y los derechos de las personas. De hecho, en el artículo 67, se establece que se reconoce a la familia en sus diversos tipos, estableciéndola como el núcleo fundamental de la sociedad[19]. Ciertamente, se puede inferir que la maternidad subrogada tendría carácter legal y legítimo dentro del ordenamiento ecuatoriano, ya que su único fin es ser un método alternativo que facilite a las parejas que, por cualquier situación, no puedan concebir hijos, la posibilidad de constituir una familia.

4.3. La maternidad subrogada como una forma de trabajo

En Ecuador, el término trabajo, según como lo determina la Constitución en el artículo 33, "es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía"[20]. El mismo cuerpo normativo, garantiza a la vez que el desempeño del mismo, se realizará "en pleno respeto de la dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado"[21].

La maternidad subrogada podría ser una forma de trabajo debido a que, tal y como establece la Constitución del Ecuador en el artículo 284 numeral seis, uno de los objetivos de la política económica ecuatoriana es "impulsar el pleno empleo y **valorar**

15 Lanchimba, Cintya, y Medina, Paúl. "Fecundidad en el Ecuador y su relación con el entorno social y evolutivo". *Revista Analítika*, I (2011), p. 32.
16 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 69.9. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
17 *Eiusdem*.
18 *Eiusdem*.
19 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
20 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 33. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
21 *Eiusdem*.

todas las formas de trabajo" (énfasis añadido)[22]. Igualmente, el artículo 325 reza que: "se reconocen **todas las modalidades de trabajo**, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores" (énfasis añadido)[23].

A partir de esta perspectiva, la maternidad subrogada sería una forma de trabajo que permitiría que la madre subrogada pueda establecer un contrato con la pareja subrogante dentro del cual podría recibir una remuneración a cambio de la concepción y entrega del menor. Este contrato que conforma la relación laboral entre la madre y la pareja subrogante tendría sustento en el artículo 66 de la Constitución en el cual se reconoce y garantiza en el numeral dieciséis: "El derecho a la **libertad de contratación**"; y en el numeral diecisiete: "Los derechos a la **libertad de trabajo**" (énfasis añadido). Así pues, dependerá completa y totalmente de la voluntad de la mujer en constituirse como madre subrogada y de la pareja subrogante en elegirla como quien concebirá a su hijo, respetando y tomando en cuenta los derechos que como trabajadora merece.

4.4. Obligaciones contraídas por los padres subrogantes y la madre subrogada

Una particularidad de nuestro Código Laboral es que contiene normas imperativas y de cumplimiento obligatorio tanto para empleadores como para sus trabajadores. Esto quiere decir, que las disposiciones ahí contenidas tienen que ser acatadas en la extensión total de su texto, constituyendo así derechos catalogados como irrenunciables[24].

Sobre la base del Código del Trabajo, una vez que se configure la relación laboral entre la madre subrogada y los padres subrogantes, se generará una serie de obligaciones que se tendrían que cumplir, de manera que se verifiquen los derechos adquiridos por la trabajadora, es decir, la madre subrogada.

Las obligaciones en referencia a lo establecido en el Código previamente mencionado serían, por ejemplo, el cumplimiento del pago de la remuneración que haya sido acordado en el contrato de trabajo, buen trato y consideración, así como la inscripción en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social[25].

Por otro lado, sería imprescindible agregar obligaciones que deberían ser cumplidas por parte de los empleadores, tales como: asegurar que el embarazo sea constantemente monitoreado por los respectivos médicos especialistas, que la mujer reciba tratamiento y asistencia médica durante el parto, que se proporcione a la

22 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 284, numeral seis. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
23 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 325. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
24 *Cfr*. Código del Trabajo. Artículo 4. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
25 *Eiusdem*.

mujer una remuneración que cubra sus gastos personales y médicos, que se provea tratamiento psicológico después del parto, entre otros.

Vale destacar que una de las obligaciones más importantes que deberían asumir los padres es que sea cual sea la condición con la que nazca el niño, ya sea que nazca con alguna enfermedad congénita o se produzca algún problema durante el nacimiento que modifique su fisionomía, los padres subrogantes deben adoptarlo.

Básicamente, lo que se buscaría es que la mujer lleve a cabo el embarazo de la manera más segura posible de modo que haya un buen desarrollo del bebé, en pos del interés superior del niño, consagrado en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia, en cuanto pueda ser traído al mundo bajo las mejores condiciones de salud asegurando su pleno e integral desarrollo[26].

Por parte de la madre subrogada, una de las obligaciones que debería cumplir según el Código del Trabajo, sería: ejecutar la prestación a la que se acordó y en el término establecido. Empero, se podría considerar que una de las más importantes obligaciones que debería asumir la madre sería entregar al bebé objeto del contrato, ya que podría presentarse la situación en que la madre no quiera separarse del bebé y eso representaría un problema para los padres subrogantes.

En efecto, todas las obligaciones, tanto para los padres subrogantes como la madre subrogada, están encaminadas a que se cumpla a cabalidad el contrato de maternidad subrogada, pero asegurando la salud e integridad del menor y de la madre subrogada.

4.5. Cumplimiento del elemento de la relación laboral en los casos de maternidad subrogada: la dependencia

Los elementos de la relación laboral están contenidos dentro de la definición de contrato laboral que es, según Cabanellas, aquel contrato cuyo objeto es la prestación de servicios con carácter económico y privado, donde una parte da una remuneración o recompensa a cambio de servicios, mientras que la otra se encuentra bajo su dependencia o dirección[27]. El contrato laboral podría ser fácilmente confundido con un contrato civil; sin embargo lo que diferencia al uno del otro es precisamente la relación de desigualdad entre ambas partes, puesto a que una de ellas, como se determinó previamente, se encuentra en una posición de dependencia.

La dependencia es un elemento importante, ya que, a partir del mismo, el empleado se obliga a cumplir lo que disponga su empleador. Según la jurisprudencia ecuatoriana, la dependencia se relaciona “con el respeto que se deben tanto a las personas jerárquicamente superiores como a los horarios y más reglamentos que

26 *Cfr.* Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 11. Registro Oficial 737 del 3 de enero de 2003.
27 Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo*. Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 1981, p. 351.

se imponga"[28]. De manera que es evidente que quien debe impartir determinadas instrucciones para el debido desarrollo de las actividades laborales es el empleador[29].

Consecuentemente y en función a lo que establece el Código del Trabajo, el empleador encuentra sus potestades enmarcadas dentro un cuadro de autoridad, ya que será quien se encargue de dirigir a sus empleadores imponiéndoles un determinado horario y actividades que realizar[30].

Como se ha presentado la concepción de la dependencia, se podría determinar que, en los casos de maternidad subrogada, viéndola desde una perspectiva amplia, los elementos que ésta demanda sí se cumplen. De hecho, en dichos casos hay un constante estado de dependencia, que se evidencia en todo el período de gestación.

Desde una perspectiva amplia, los horarios se pueden verificar en el hecho de que los padres subrogantes son quienes deciden en qué momento se llevará a cabo la inseminación en la madre subrogada, estableciendo así el momento en el cual iniciará el período de gestación y por tanto el inicio de la prestación. Los horarios no serían más que el tiempo dentro del cual duraría la relación laboral, es decir los nueve meses de gestación.

Por otro lado, al hablar de las órdenes que recibiría la madre subrogada, estas se evidenciarían en las instrucciones que los padres le darían respecto al tipo de tratamiento médico al cual se someterá, el tipo del parto que se llevará a cabo para traer al bebé al mundo, el tipo de alimentación que debería llevar la madre subrogada, e incluso las actividades que la madre subrogada debería dejar de realizar, entre otras.

4.6. La maternidad subrogada como un contrato individual de trabajo

Según De la Cueva, una relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se constituye en el momento en que un trabajador realiza la prestación de un trabajo a un empleador, en una posición de subordinación[31]. Esto se instaura independiente del acto o causa que le hubiese dado origen.

En la maternidad subrogada, se puede evidenciar en la madre a la figura del trabajador, la cual está definida en el artículo 9 del Código del Trabajo como "La persona que se obliga a la **prestación del servicio** o a la ejecución de la obra" (énfasis añadido). La prestación, en materia laboral y según la jurisprudencia ecuatoriana, debe tratarse de "servicios lícitos y personales, es decir, [del] compromiso jurídico que adquiere voluntariamente el trabajador para desempeñar las actividades lícitas pactadas en forma personal"[32].

28 Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Laboral y Social. *Gaceta Judicial* XVII/1 (20 de abril de 1999), p. 209.
29 *Cfr.* Vásquez, Jorge. *Introducción al Derecho Laboral ecuatoriano: Derecho Individual.* Quito: Jurídica Cevallos, 2004, p. 99-100.
30 *Ibíd.*
31 Barajas, Santiago. *Derechos del trabajador asalariado*. México DF: PN / IIJ-UNAM, 2004.
32 Sala de lo Laboral y Social. "Elementos de la relación laboral". *Gaceta Judicial.* XVII (20 de abril de 1999).

Por otro lado, también se puede encontrar en la pareja subrogante a la figura del empleador, que también se encuentra conceptualizado dentro del Código del Trabajo en el artículo 10 como*:* "[…L]a persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador"[33]. En este caso, como son quienes por su petición van a recibir el bebé concebido por maternidad subrogada, es a ellos a quienes se les presta un servicio; constituyéndose así como empleadores. Además, tanto la madre subrogada como los padres subrogantes tendrían plena capacidad para celebrar contratos, ya que el artículo 35 los determina hábiles, al no pertenecer a ninguna de las excepciones que presenta la ley[34].

Dentro de la doctrina moderna del derecho laboral se ha generado un cambio en la concepción del término contrato de trabajo y se ha sustituido por el término más amplio: relación de trabajo; el cual se apega más a la realidad existente entre una persona que solicita un servicio y otra que lo ofrece a cambio de una remuneración[35].

Dentro de la relación de trabajo que se constituiría entre la madre subrogada y la pareja subrogante, se pueden destacar cuatro características: (i) La madre subrogada se compromete y obliga automáticamente a realizar una prestación que, en este caso, sería la concepción del bebé; (ii) La personalidad en la prestación, es decir, la mujer se compromete a ser ella quien engendrará al bebé; (iii) La posición de dependencia, considerada como subordinación en sentido amplio, de la madre subrogada frente a la pareja subrogante, ya que el período gestacional debe llevarse a cabo bajo las condiciones determinadas por los padres subrogantes. Por ejemplo: debe seguir los tratamientos, medicación e incluso el parto que los padres subrogantes determinen; (iv) La existencia de remuneración, la misma que recibirá la madre subrogada de acuerdo a lo estipulado en el convenio entre ambas partes, a cambio de la concepción y entrega del bebé.

A partir de lo señalado anteriormente, la relación que se constituye entre ambas partes se plasmaría en el contrato individual de trabajo, configurándose en el contrato determinado en el artículo 8 del Código del Trabajo como: "El convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre"[36].

Por lo anteriormente analizado, la mujer subrogada es susceptible de ser amparada por el Código del Trabajo en su desenvolvimiento como trabajadora, ya que cumple con los requisitos para la protección que son: la prestación, personalidad, dependencia y la intención onerosa.

33 Código del Trabajo. Artículo 10. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
34 Código del Trabajo. Artículo 35. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
35 *Cfr*. Barajas, Santiago. *Derechos del trabajador asalariado*. *Óp. cit.*
36 Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.

Además, el contrato constituido cumple con los requisitos establecidos en el Código Civil para la validez de los actos jurídicos, que son: el consentimiento de las partes, la voluntad libre de vicios, el objeto lícito y la causa lícita[37].

4.6.1. Clasificación a la que pertenecería el contrato de maternidad subrogada

Una vez que se ha comprobado que la maternidad subrogada es, en efecto, un contrato individual de trabajo es necesario precisar en qué clasificación del artículo 11 del Código del Trabajo respecto al contrato de trabajo, correspondería.

El artículo 11 del Código del Trabajo determina lo siguiente:

> **Art. 11**.- Clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:
> a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;
> b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
> c) Por tiempo indefinido, de temporada, eventual y ocasional;
> d) Por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea y a destajo; y,
> e) Individual, de grupo o por equipo[38].

En referencia a esta clasificación, el contrato de maternidad subrogada debería ser expreso y por escrito debido a la necesidad de que las partes contratantes dejen en constancia la voluntad de la madre subrogada y la aceptación de los empleadores con el reconocimiento de una remuneración. Adicionalmente, tendría que cumplir los requisitos que debe presentar un contrato escrito, establecido en el artículo 21 del Código; y realizar el respectivo registro ante el Juez del Trabajo con jurisdicción en el lugar en el que preste servicios la trabajadora[39].

La remuneración sería a sueldo, ya que como señala el artículo 13 del mismo Código, este tipo de remuneración toma en consideración, para ser fijado, a una determinada unidad de tiempo, en este caso los nueve meses que duraría el período gestacional[40].

Ahora bien, en lo concerniente a los literales c y d del artículo 11, sería imprescindible reformarlos, al igual que los artículos 16 y 17 del Código al que se está haciendo referencia, lo cual será analizado posteriormente.

Finalmente, el contrato sería individual ya que como se señaló anteriormente sobre la base del artículo 8, la madre subrogada se compromete para con otra a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre[41].

37 Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
38 Código del Trabajo. Artículo 11. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
39 Código del Trabajo. Artículo 21. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
40 Código del Trabajo. Artículo 13. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.
41 Código del Trabajo. Artículo 8. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005.

5. La maternidad subrogada en otros países

5.1. Estados Unidos

En Estados Unidos, la maternidad subrogada tiene un régimen jurídico distinto dependiendo de cada estado; en algunos es permitida de manera expresa, en otros es totalmente prohibida, mientras que en los estados restantes aún persisten dudas sobre su permisibilidad o funcionamiento[42]. Existen catorce estados que permiten la maternidad subrogada de manera expresa y de modo comercial, e incluso tienen sus propios cuerpos normativos que regulan el tema de manera específica, tales como: California, Florida, Maine, Virginia, etc.[43].

Existen algunos requisitos para poder ser madre subrogada como: tener al menos 21 años, tener un hijo propio con el fin que cuente con experiencia sobre los cuidados y las precauciones que se deben considerar durante el embarazo[44]. Adicionalmente, se manifiesta la necesidad que se proporcione tratamiento psicológico a la madre subrogada, antes y después del nacimiento, así mismo, como una revisión médica para asegurar que la futura madre se encuentre en las condiciones de salud idóneas para concebir un hijo[45].

Entre los casos más polémicos y relevantes sobre la maternidad subrogada, están los casos *Baby M* y el caso *Johnson vs. Calvert*. El caso denominado *Baby M,* trata de una pareja, de apellido Stern, que celebró un contrato de maternidad subrogada con otra pareja de apellido Whitehead[46]. En el contrato se estableció que la señora Whitehead engendraría el hijo de los Stern al ser inseminada con el material genético del señor Stern[47]. No obstante, una vez que se produjo el nacimiento de la menor, la señora Whitehead se negó a entregarla y, según los estudios psiquiátricos realizados, el consentimiento se habría otorgado sin plena aquiescencia[48]. Finalmente, se concedió la custodia temporal al matrimonio Stern, permitiendo visitas al bebé por parte de la señora Whitehead[49].

Por otro lado esta el caso *Johnson v. Calvert,* que definió a la maternidad biológica como un acto volitivo, siempre y cuando se encuentren en disputa tanto el óvulo como el embarazo[50]. En el caso, la pareja de apellido Calvert exigía la entrega del menor gestado por maternidad subrogada a la madre subrogada, alegando que los padres biológicos eran ellos y que la fecundación había sido *in vitro*[51]. Finalmen-

42 Finkelstein, Alex *et al.* Surrogacy Law and Policy in the U.S.: *A National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Columbia Law School Sexuality and Gender Law Clinic, 2016 p. 9.
43 *Ibíd.*
44 Finkelstein, Alex, *et al. Surrogacy Law and Policy in the U.S.:* A *National Conversation Informed by Global Lawmaking*. Nueva York: Columbia Law School Sexuality and Gender Law Clinic, 2016, p. 48.
45 *Ibíd.*
46 Corte Suprema de Estados Unidos. *Baby M*. Sentencia, 3 de febrero de 1988.
47 *Ibíd.*
48 *Ibíd.*
49 *Ibíd.*
50 Corte Suprema de California. *Johnson v. Calvert.* Sentencia 023721 de 20 de mayo de 1993.
51 *Ibíd.*

te, la sentencia determinó que los padres eran los Calvert y que sin el embrión otorgado por ellos, el embarazo nunca hubiera existido ni nacido el menor[52].

Evidentemente, el tema de la maternidad subrogada se encuentra regulado dentro de la jurisprudencia y fallos emitidos por las diferentes cortes y tribunales de cada estado, dando permisibilidad a este procedimiento.

5.2. Ucrania

En Ucrania, la maternidad subrogada está regulada por actos legislativos, tales como: el Código de Familia de Ucrania, el acto alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania y el acto del Ministerio de Salud en la aprobación del aparato tecnologías de reproducción[53].

El Código de la Familia permite la gestación subrogada comercial y además, en el artículo 123 que se refiere al establecimiento de la filiación materna y paterna en los casos de maternidad asistida e implantación de *Ovum*, se determina en el numeral dos que "si un óvulo concebido por los cónyuges se implanta a otra mujer, los esposos serán los padres del niño"[54]. Así mismo, en el numeral tres, establece que, cuando un óvulo se implanta en una mujer ajena a la pareja de esposos con el fin que sea concebido por ella, el niño es considerado como afiliado a los cónyuges[55].

Se puede encontrar también que se regula quiénes serán reconocidos como los padres legales del niño. La normativa que lo establece es el acto de alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania, el cual establece que, en el caso de que el menor sea producto de la implantación del embrión en la madre subrogada, la inscripción de nacimiento se realiza registrando el nombre de la pareja subrogante como padres del menor[56].

Por otro lado, el acto emitido por el Ministerio de Salud en la aprobación del aparato sobre tecnologías de reproducción, contempla los requisitos que debe cumplir la madre subrogada. Entre los requerimientos se encuentran los siguientes: ser mayor de edad (mayor de 18 años), tener capacidad judicial, tener al menos un hijo propio, poseer un buen estado de salud físico y psicológico; y que tenga la posibilidad de llevar un embarazo a término[57]. Además, respecto a los padres o pareja subrogante, plantea que deben estar casados, ser mayores de edad y que uno de ellos debe contar con una justificación médica que le permita someterse a tratamientos de maternidad asistida[58].

52 *Ibíd*.
53 Ruíz, Rocío. *Maternidad subrogada: Revisión bibliográfica*. Tesis de grado. Universidad de Cantabria. Santander, 2013, p. 21.
54 Código de Familia de Ucrania. Artículo 123. 2947-III de 10 de enero de 2002.
55 *Eiusdem*.
56 *Cfr*. Ministerio de Justicia (Ucrania). *Acto alteraciones en las regulaciones de registro civil en Ucrania*. 1154/5 de 22 de noviembre de 2007.
57 *Cfr*. Ministerio de Salud (Ucrania). Acto en la aprobación del aparato tecnologías de reproducción. N° 771 del 23 de diciembre de 2008.
58 *Ibíd*.

5.3. Rusia

En Rusia, el primer programa relacionado con la maternidad subrogada fue implementado en el año de 1995 en el centro IVF en el instituto denominado Institute of Obstetrics and Gynaecology[59]. La maternidad subrogada con intensión onerosa es legal, pero únicamente para parejas heterosexuales, siempre y cuando haya evidencia de que existe algún problema médico que impida la gestación[60]. De hecho, esta práctica ha sido recibida e implementada con gran aceptación por la mayor parte de la población rusa.

Según la legislación, las mujeres aptas para ser madres subrogadas son aquellas: con edad entre 20 y 35 años, que tenga al menos un hijo propio sano, que gocen de un buen estado de salud y que manifiesten su consentimiento por escrito; en el caso de estar casada, se requiere el consentimiento de su pareja[61].

Dentro de los instrumentos legislativos sobre el tema de la maternidad subrogada, se encuentra la Ley Federal que da permisibilidad, tanto a parejas conyugales como a mujeres solteras, para poder participar en programas de maternidad subrogada[62]. En el Código de Familia, en el numeral cuatro del artículo cinco, se establece la posibilidad de que la pareja subrogante pueda ser registrada como padres del niño, siempre y cuando cuenten con el consentimiento de la madre subrogada[63]. Adicionalmente, en el artículo 52, agrega que una vez realizado el registro, la madre subrogada pierde el derecho a impugnar la maternidad[64].

Finalmente, la Ley Sobre los Actos de Registro Civil prescribe que, en el registro de nacimiento, se debe adjuntar el documento que prueba el hecho del nacimiento del niño y un escrito, emitido por la institución médica, en el que se confirme el consentimiento de la madre subrogada a que proceda la inscripción de la pareja subrogante como padres del niño[65].

5.4. India

En India, la maternidad subrogada es permitida y además esta completamente regulada e integrada en su ordenamiento jurídico. Existen varios modelos de contratos que regulan la relación entre ambas partes, así como los términos y condiciones. Es requisito que, dentro de los contratos de maternidad subrogada, se regule con precisión todos los

59 Svitnev, Konstantin. "Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia". Reproductive biomedicine, 20.7 (2010), p. 892-894.
60 *Ibíd.*
61 Svitnev, Konstantin. "Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia". Reproductive biomedicine, 20.7 (2010), p. 892-894.
62 Ley Federal "Normativa de protección de la Salud de la Federación de Rusia", de 1 de enero de 2012.
63 Código de la Familia (Federación Rusa). Artículo 51. N 222-FZ de 25 de noviembre de 2013 (última modificación).
64 Código de la Familia (Federación Rusa). Artículo 52. N 222-FZ de 25 de noviembre de 2013 (última modificación).
65 Ley Federal sobre los Actos de Registro Civil (Rusia). Artículo 16. N 143, de 15 noviembre de 1997.

aspectos que regirán durante la relación jurídica[66]. Incluso, en el caso en que la madre subrogada decida no entregar al recién nacido, es posible interponer una demanda[67].

El régimen y el proceso de maternidad subrogada se encuentra, principalmente, en dos documentos: *National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India*, emitida por el *Indian Council of Medical Research* (en adelante, ICMR) y la Guía para la Reglamentación de la Reproducción Asistida[68].

Entre las condiciones para que un contrato de tal índole pueda ser llevado a cabo, se establece que una vez firmado el contrato se pierde todo derecho de interrumpir el embarazo; la remuneración se corresponde al total de ingresos que la pareja ganaría en nueve años; en caso de que se necesiten óvulos, estos provendría de un tercero; etc.[69].

La regulación de dicho procedimiento resulta indispensable en un país como India, puesto a los altos niveles de pobreza hacen que sea común la recurrencia a la misma, de manera que asegura la salud de la madre subrogada, que se cumpla a cabalidad el contrato y los derechos reproductivos de las personas.

6. Propuestas para incluir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a la maternidad subrogada

Debido a la importancia de la maternidad subrogada, como una alternativa para parejas que no pueden concebir sus propios hijos, son evidentes las razones por las que debe realizarse una serie de cambios y reformas tanto en la Constitución como en el Código del Trabajo.

Para la reforma de ciertos artículos de la Constitución, con el motivo de incluir a la maternidad subrogada como una forma de trabajo, sería necesaria la realización de un referéndum, ya que, según lo establece el artículo 441 de la Constitución, este tipo de reforma procede cuando se busca:

> [La] enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que no altere su estructura fundamental, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución[70].

El artículo que se precisaría reformar por medio de referendum es el 325, respecto a las formas de trabajo, incluyendo lo siguiente: la maternidad subrogada es

66 *Cfr.* Fundación Víctor Grífols i Lucas. *Interrogantes de la Fundación Víctor Grífols y Luca: Aspectos medicobiológicos de la subrogación uterina*. Barcelona: Fundación Víctor Grífols y Lucas. 2010, p. 13.
67 *Ibíd.*
68 Indian Council of Medical Research. *National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India*, 2005 http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm (acceso: 08/04/2018).
69 Ruíz, Rocío. *Maternidad Subrogada. Óp. cit.*, p. 21.
70 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 441. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

reconocida como una forma de trabajo. Lo cual serviría para poder constituirlo como una práctica lícita dentro del ordenamiento ecuatoriano en general, permitiendo así la adición a otros cuerpos normativos de menor jerarquía.

En lo que respecta al Código del Trabajo, sería imprescindible reformar los artículos once, dieciséis y diecisiete. En el artículo once, que señala la clasificación del contrato de trabajo, se propone agregar, en el literal c, las palabras "y de gestación", a continuación de la palabra "ocasional"; y, en el literal d, las palabras "y por maternidad subrogada", después de la palabra "a destajo"[71].

En lo referente al artículo dieciséis, convendría agregar, al final del último párrafo, lo siguiente: "En el contrato por maternidad subrogada, la trabajadora se compromete a llevar a cabo el proceso de gestación, prestando su útero con el fin engendrar un hijo a favor de la pareja subrogante (empleadores) y concederlo después de su nacimiento"[72].

Por su parte, en el artículo diecisiete, correspondería agregar la siguiente frase después del penúltimo párrafo: "Son contratos de gestación, aquellos respecto al trabajo de maternidad subrogada y comprende el período que transcurre entre la implantación del cigoto en el útero de la madre subrogada hasta el momento del parto; puede incluir el período de lactancia. El sueldo o salario deberá cubrir todos los gastos médicos y personales que tenga la madre subrogada respecto a la maternidad, además del dinero acordado respecto a la prestación del útero y riesgos del embarazo[73].

A partir de las reformas anteriormente redactadas, tanto en el Código del Trabajo como en la Constitución, sería posible reconocer a la madre subrogada como una trabajadora y, por ende, reconocerle los derechos pertenecientes a los trabajadores. No obstante, sería necesaria la elaboración de un reglamento respecto a la materni-

71 El artículo once, una vez modificado, quedaría de la siguiente manera:

> Artículo. 11.- Clasificación.- El contrato de trabajo puede ser:
> a) Expreso o tácito, y el primero, escrito o verbal;
> b) A sueldo, a jornal, en participación y mixto;
> c) Por tiempo indefinido, de temporada, eventual, ocasional y de gestación;
> d) Por obra cierta, por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio, por tarea, a destajo y por maternidad subrogada; y, (texto añadido)
> e) Individual, de grupo o por equipo

Código del Trabajo. Artículo 11. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

72 El artículo dieciséis, una vez modificado, quedaría de la siguiente manera:

> Artículo. 16.- Contratos por obra cierta, por tarea, a destajo y por maternidad subrogada.- […] En el contrato por maternidad subrogada, la trabajadora se compromete a llevar a cabo el proceso de gestación, prestando su útero con el fin engendrar un hijo a favor de la pareja subrogante (empleadores) y concederlo después de su nacimiento (texto añadido).

Código del Trabajo. Artículo 16. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

73 El artículo diecisiete quedaría de la siguiente forma:

> Art. 17.- Contratos eventuales, ocasionales, de temporada.- […] son contratos de gestación, aquellos respecto al trabajo de maternidad subrogada y comprende el período que transcurre entre la implantación del cigoto en el útero de la madre subrogada, hasta el momento del parto; puede incluir el período de lactancia. El sueldo o salario deberá cubrir todos los gastos médicos y personales que tenga la madre subrogada respecto a la maternidad, además del dinero acordado respecto a la prestación del útero y riesgos del embarazo (texto añadido).
>
> Corresponde al Director Regional del Trabajo, en sus respectivas jurisdicciones, el control y vigilancia de estos contratos.

Código del Trabajo. Artículo 17. Registro Oficial 167 Suplemento de 16 de diciembre de 2005 (con modificaciones).

dad subrogada en el que se incluyan los requisitos que deberían cumplir las partes para poder celebrar un contrato de maternidad subrogada. Dicho reglamento podría incluir los requisitos establecidos en los ordenamientos de Ucrania y Estados Unidos, tales como: (i) que la mujer y los padres subrogantes sean mayores de edad; (ii) que la madre subrogada tenga un hijo propio, con el fin que tenga la experiencia necesaria acerca de la maternidad; (iii) que la mujer subrogada se realice pruebas médicas para comprobar que cuenta con el estado de salud idóneo para llevar a cabo la maternidad subrogada; (iv) que, luego de la concepción, la mujer que presta su útero reciba tratamiento médico y psicológico; (v) que tanto la madre subrogada como los padres subrogantes manifiesten su consentimiento por escrito y celebren un contrato de manera escrita con el fin que la mujer se obligue a entregar al bebé y proteger así a los padres subrogantes, entre otros.

7. Conclusión

La legislación de la maternidad subrogada permitirá que la mujer que presta su útero pueda ser considerada como trabajadora y, por consiguiente, adquiriría los derechos que le corresponden como tal. Lo que es más, el contrato que se genera entre la madre subrogada con los padres subrogantes serviría como garantía de que la mujer pueda llevar a cabo la gestación en las mejores condiciones posibles y que, de una u otra manera, se encuentre en la obligación de cumplir lo pactado. Además que sería de gran utilidad para poder regular este procedimiento médico, que puede ser riesgoso tanto para la mujer que se somete a este como para el bebé producto de la concepción.

Cabe recalcar que, con esto, no se busca deshumanizar a la concepción de maternidad ni mucho menos constituirla como un mero negocio, en su lugar, se debería ver el tema como una manera de ayudar a otras parejas que buscan conformar su propia familia, la cual es el núcleo fundamental de la sociedad.

A partir de tal principio, sería posible observar a la maternidad subrogada como una modalidad de empleo que cumple con todos los elementos para poder recibir protección por parte del Código del Trabajo: la personalidad, remuneración, dependencia y servicio lícito; lo cual haría de esta práctica altruista, más segura y con garantías tanto para los padres subrogantes como para la madre subrogada.

Este cambio lograría que se transforme la perspectiva tradicional de la concepción del trabajo, sin necesariamente realizar una tergiversación del mismo; sino más bien un intento para dar apertura a todas las formas de trabajo que el hombre pueda imaginar, siempre que busque servir y ayudar al resto; de manera que pueda llevarlos a cabo y de forma en que se aseguren y garanticen sus derechos.

www.pbplaw.com

PÉREZ
BUSTAMANTE
& PONCE

PBP

100
AÑOS



Ecuador

Quito
Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca
PBX: 400 7800
Llamadas internacionales:
+5932 382-7640 (to 49)

Guayaquil
Av. Francisco de Orellana.
Edificio Las Cámaras,
Torre B, oficina 904.
PBX: (593 4) 370 7960

www.pbplaw.com

La democracia directa y el gobierno de los jueces Constitucionales

Ana Belén Morales Solis
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: anabelenmcap@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha sufrido varias modificaciones en relación con la consulta popular por iniciativa ciudadana. Primero, el veintiuno de diciembre de 2015, una de las enmiendas constitucionales limitó el alcance la de consulta popular. Segundo, los precedentes de la Corte Constitucional del Ecuador han establecido reglas generales respecto al procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana. Tercero, la Corte Constitucional ha emitido un reglamento que altera la contabilidad de plazos y términos del procedimiento de consulta popular.

"Donde haya leyes claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en comprobar un hecho"[1]. No obstante, todas las modificaciones mencionadas han sido realizadas directa e indirectamente por parte la Corte Constitucional del Ecuador; entonces ¿el legislador no ha emitido leyes claras y precisas? Independiente de aquello, la Corte Constitucional, al hacer aclaraciones a normas relacionadas con la consulta popular, ha ocasionado restricciones al derecho de participación ciudadana. Esto a través de la obstaculización en el ejercicio de la democracia directa e incertidumbre en el procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana.

De esta manera, se analizan tres puntos fundamentales. En primer lugar, el alcance de la consulta popular ha sido limitado, en virtud de que la enmienda constitucional de 2015 restringió el derecho de participación ciudadana. En segundo lugar, a través de jurisprudencia obligatoria, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que el control constitucional se realiza luego de la recolección de firmas. Lo que ha llevado a que los ciudadanos tomen el riesgo de dedicar esfuerzos económicos y físicos a recolectar firmas con la incertidumbre de que las preguntas sean constitucionales. Esto ha conllevado la obstaculización e ineficacia del procedimiento de consulta popular. Finalmente, la Corte Constitucional, a través de su reglamento, ha cambiado el conteo de plazos y términos escudándose para no cumplir con los plazos establecidos en la Constitución. Así, todas las actuaciones de la Corte Constitucional del Ecuador han llevado a determinar un claro gobierno de los jueces.

Palabras clave

Democracia directa, consulta popular, participación ciudadana, Corte Constitucional, Constitución del Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, gobierno de los jueces.

1 Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Bogotá: Temis, 2013, p. 19.

Direct democracy and the government of Constitutional judges

Abstract

The Ecuadorian legal system has undergone several modifications in relation to popular consultation by citizen initiative. First, on December 21, 2015 one of the constitutional amendments has limited the scope of popular consultation. Second, the precedents of the Constitutional Court of Ecuador have established general rules regarding the popular consultation procedure by citizen initiative. Third, the Constitutional Court has issued a regulation that alters the accounting of terms of the popular consultation procedure.

When the laws are clear and precise, the function of the judge is only to prove a fact[2]*. However, all the modifications have been made directly and indirectly by the Constitutional Court of Ecuador. So, the legislator has not issued clear and precise norms? Independent of that, the Constitutional Court, searching to clarify and specify normative precepts, has occasioned restrictions on the rights to citizen participation, obstacles to the exercise of direct democracy and uncertainty in the popular consultation instead.*

In this way, three fundamental points will be analyzed. First, the scope of the popular consultation has been limited by virtue of a constitutional amendment restricting the right of citizen participation. Secondly, through compulsory jurisprudence, the Constitutional Court of Ecuador has established that constitutional control is carried out after the collection of signatures, leading to citizens taking the risk of devoting economic and physical efforts to collect signatures with uncertainty that the questions are constitutional. This has led to hindering and ineffectiveness of the popular consultation procedure. Finally, the Constitutional Court, through its regulations, has changed the counting of deadlines and terms by shielding itself from the deadlines established in the constitution. Thus, all the actions of the Constitutional Court of Ecuador have led to a clear government of the judges.

Keywords

Direct democracy, referendum, citizen participation, Constitutional Court, Constitution of Ecuador, Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control, government of judges.

2 Traducción libre. *Ibíd.*

1. Introducción

"La estructura jerárquica de la organización judicial era infinita y ni siquiera era abarcable para el especialista"[3]. Estructura infinita que se ve reflejada en la Corte Constitucional al momento de tomar sus decisiones, decisiones que definitivamente llevan a dudas innumerables.

¿Son constitucionales las decisiones de la Corte Constitucional? En los últimos diez años, el alcance y procedimiento de la consulta popular ha sufrido varios cambios constitucionales, legales y reglamentarios que han dejado muchos vacíos legales e incertidumbres. Las facultades otorgadas a la Corte Constitucional (en adelante, Corte Constitucional o Corte) han abierto puertas para que se pueda ampliar, cambiar o restringir disposiciones constitucionales y legales. ¿Existe o no un gobierno de los jueces constitucionales?

En la presente investigación, se busca analizar la consulta popular por iniciativa ciudadana en ejercicio de la democracia directa. La democracia es un elemento esencial de la estructura del Estado ecuatoriano y de su forma de gobierno[4]; comprende la participación ciudadana como un derecho de todos los ciudadanos[5]. Así, es de gran importancia analizar si los ciudadanos pueden o no ejercer el derecho de participación ciudadana libre de incertidumbres y obstáculos, libre de presiones plasmadas en decisiones de la Corte ¿Qué papel juega la Corte Constitucional al garantizar o no nuestros derechos?

En primer lugar, se realizará un recuento del surgimiento de la democracia directa en virtud de la participación ciudadana. En segundo lugar, se realizará un recuento de la consulta popular por iniciativa ciudadana en Ecuador. En tercer lugar, se analizará cómo la consulta popular por iniciativa ciudadana se encuentra en un espacio de incertidumbre en tres aspectos distintos: (i) se analizará cómo el alcance de la consulta popular por iniciativa se ha limitado restringiendo el derecho de participación ciudadana, esto en virtud de interpretaciones arbitrarias y simplistas; (ii) se examinará cómo el procedimiento de consulta popular es ineficiente y resulta ser un obstáculo para el ejercicio de la democracia directa, tergiversando el objetivo esencial del control constitucional; y, (iii) se estudiará cómo la Corte Constitucional del Ecuador ha llegado al punto de crear reglamentos para alterar la forma de contar los plazos y términos legales, escudándose para no cumplir con preceptos constitucionales y legales.

¿Hasta qué punto los jueces constitucionales, en ejercicio de sus funciones, tergiversan, limitan y obstaculizan el derecho de la ciudadanía a convocar a consulta popular? Si es así, es claro el reflejo del gobierno de los jueces que lleva a la afectación de derechos constitucionales.

3 Kafka, Franz. *El proceso*. Quito: Libresa, 2011, p. 172.
4 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
5 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 95. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

2. La democracia y el derecho de la participación ciudadana

¿Quién tiene la titularidad de la soberanía? Una posible respuesta es el pueblo, y a esta la llamamos democracia[6]. Etimológicamente, la palabra democracia proviene de *dêmos* y *krátos* que significan pueblo y poder, respectivamente[7]. El poder reside en los ciudadanos y no en alguien en particular.

La democracia es de origen griego y fue usada por los atenienses para referirse a su forma de gobierno del siglo VI a.C., antes de vivir bajo la monarquía. La institucionalización se realizó a través de la asamblea, formada por todos los ciudadanos de pleno derecho que debatían varios temas de interés. No obstante, la participación de la ciudadanía se redujo a unos pocos ya que muchos no podían o no les interesaba asistir a cada reunión cambiando así, la noción de democracia[8].

En el trascurso del tiempo y por temas prácticos, surgió la delegación de la soberanía a instituciones gubernamentales; es decir, la democracia representativa la cual fue consolidada en el siglo XIX fundamentándose en la separación de poderes[9]. La noción moderna de democracia establece que la soberanía y el poder del Estado pertenecen por derecho a todos los ciudadanos, sin exclusiones. La finalidad es el control, intervención y participación en el poder político para que el gobierno actúe conforme la voluntad del pueblo buscando lo que la noción tradicional de democracia[10].

En nuestro país, la democracia se ve fundamentada en el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante Constitución) que establece que "la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución"[11]. De igual manera, el artículo 95 de la Constitución establece:

> [Los] ciudadanos […] participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano[12].

Además, la misma norma establece que la participación de la ciudadanía es un derecho[13]. Así, la democracia se ejerce a través de la participación ciudadana, la cual puede reflejarse en distintos mecanismos. La Constitución determina que

6 Rodríguez, Blanca y Francés, Pedro. Filosofía Política II. Tema I. Apuntes de clase, 2010, p. 8.

7 Guariglia, Osvaldo. "Democracia: Origen, concepto y evolución según Aristóteles". *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 33 (2010), p. 158.

8 Rodríguez, Blanca y Francés P. *Filosofía Política II. Óp. cit.*, pp. 3-5.

9 *Id.*, p. 15.

10 *Ibíd.*

11 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

12 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 95. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

13 *Eiusdem*.

el derecho a la participación se ejerce a través de la democracia representativa, directa y comunitaria[14]. Primero, la democracia representativa o democracia indirecta consiste en que "el pueblo no gobierna, pero elige representantes que lo gobiernen"[15]. Este mecanismo no ha dejado de generar inconvenientes. Cuando el pueblo soberano es representado pierde el poder, lo que genera que las decisiones tomadas por los representantes no siempre sirven a los intereses de sus representados[16].

Segundo, la democracia directa se ejerce a través de mecanismos como el referéndum, iniciativa popular y revocatoria de mandato garantizando la participación directa de la ciudadanía. Muchos dicen que dichos instrumentos no son de democracia directa, sino semidirecta, ya que continúa predominando el sistema representativo[17].

Tercero, respecto a la democracia comunitaria, la Constitución no determina exactamente en qué consiste. El Consejo Nacional Electoral (en adelante, CNE), a través de su opinión electoral, ha determinado lo que comprende la democracia comunitaria. Así, se ha establecido que la democracia comunitaria abarca dos aspectos: (i) reconocimiento de un modo de vida ancestral proponiendo la organización y convivencia entre los diversos grupos mediante equidad; y, (ii) mecanismo de administración colectiva de un pueblo o nacionalidad considerando sus usos, costumbres, formas de vida y convivencia con la naturaleza[18].

Además, la democracia comunitaria puede definirse como un proceso en construcción para que exista interculturalidad en busca de diálogo entre diversos[19]; este tipo de democracia hace alusión a formas y mecanismos para designar autoridades y toma de decisiones en comunidades tradicionales[20]. Como se puede observar, a pesar de que se ha intentado definir a la democracia comunitaria, no se ha logrado por completo. El término es muy amplio, pues involucra interculturalidad, equidad, respeto de costumbres, vida ancestral, diálogo, designación de autoridades, decisiones de comunidad, entre otros aspectos. De esta manera, la definición de democracia comunitaria todavía debe desarrollarse, determinarse y limitarse.

Retomando la democracia directa ya mencionada, en las ciudades-Estado de la Grecia clásica, este mecanismo consistía en que los ciudadanos participaban directa y continuamente en la toma de decisiones acerca de los asuntos de la comunidad[21].

---

14 *Eiusdem.*

15 Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Volumen II. Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 41.

16 Prud'homme, Jean François. "Consulta popular y democracia directa". *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrátiva* XV (2003), p. 11.

17 Duverger, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. París: Presses Universitaires de France, 1955, p. 93.

18 Pozo Bahamonde, Juan Pablo. "Democracia comunitaria: descolonizar el saber, reinventar el poder". *Gaceta de Análisis Político Electoral* 7 (2014), p. 9.

19 *Ibíd.*

20 Rivas, Alexis. "Retos y perspectivas de la democracia comunitaria". *Serie Gaceta Opinión Electoral* 7, (2014), p.12.

21 Prud'homme, Jean François. "Consulta popular y democracia directa". *Óp. cit.*, p. 2.

La democracia directa es una forma de gobierno en la cual "el pueblo participa de manera continua en el ejercicio directo del poder"[22]. Con el trascurso del tiempo, se ha establecido que existen dos tipos de democracia directa: (i) la democracia observable que consiste en que el pueblo se reúne en asamblea y participa directamente en la ratificación de leyes; y, (ii) la democracia directa de referéndum en que se puede consultar permanentemente a los ciudadanos sobre asuntos públicos[23].

Actualmente, en nuestra legislación, existen varios instrumentos de democracia directa. El artículo 5 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana (en adelante, LOPC) establece como mecanismo de democracia directa la iniciativa popular normativa, el referéndum, la consulta popular y revocatoria de mandato[24]. En primer lugar, la iniciativa popular normativa consiste en que los ciudadanos pueden directamente proponer proyectos normativos al órgano legislativo[25]. En segundo lugar, el referéndum es el mecanismo en que los ciudadanos son convocados para aceptar o rechazar una propuesta de gobierno como consultas de carácter normativo. En tercer lugar, la revocatoria de mandato consiste en que, a través de una petición popular, se somete a aprobación la permanencia del cargo de un representante electo antes del plazo determinado en la ley. Finalmente, la consulta popular es el mecanismo en que los ciudadanos aceptan o rechazan una propuesta proveniente de los mismos ciudadanos; así la consulta popular es una subcategoría del referéndum[26]. La presente investigación busca analizar la consulta popular por iniciativa popular como instrumento de democracia directa.

3. La consulta popular por iniciativa ciudadana

Los ciudadanos, a través de la democracia directa, pueden tomar decisiones gubernamentales respecto a temas concretos. Aquello puede ejercerse mediante el mecanismo de consulta popular[27].

La consulta popular es la institución mediante la cual las autoridades indagan la posición de los ciudadanos respecto cuestiones concretas; se realiza mediante voto aprobatorio o desaprobatorio[28].

Existen dos formas de consulta popular por iniciativa ciudadana. La primera forma es cuando, una vez enviada una propuesta de reforma constitucional a la Asamblea Nacional y esta no responde en el plazo de un año, se podrá solicitar al CNE que se convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de res-

22 Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia. Óp. cit.*, p. 346.
23 Prud'homme, Jean François. "Consulta popular y democracia directa". *Óp. cit.*, p. 8.
24 LOPC. Artículo 5. Registro Oficial 175 Suplemento de 2 de febrero de 2010.
25 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 103. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
26 Lawrence, Farley. *Plebiscite and Sovereignty*. Boulder: Westview Press, 1986, p. 23.
27 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0002-10-CP*. Dictamen, 25 de septiembre de 2013.
28 Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Primera edición. Guatemala: Datascan, pp. 217-218.

paldo de inscritos en el registro electoral[29]. La segunda forma es cuando se presenta de manera directa al CNE la solicitud de convocatoria a consulta popular.

La solicitud de consulta popular que se presenta directamente al CNE puede provenir de: (i) el presidente de la República sobre cualquier asunto que se estime conveniente; (ii) la máxima autoridad de los gobiernos autónomos descentralizados, con la decisión de las tres cuartas partes de sus integrantes; o, (iii) por iniciativa ciudadana con el respaldo del cinco por ciento o más de personas inscritas en el Registro Electoral, si es de carácter nacional; y, con el diez por ciento o más, si la iniciativa es de carácter local[30].

Como se ha mencionado, el presente análisis se limita al procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana.

4. La consulta popular por iniciativa ciudadana, presente en un ambiente de incertidumbre

El procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana ha sufrido cambios constitucionales, cambios plasmados en precedentes jurisprudenciales y cambios dispuestos en reglamentos. Esto ha llevado a que la Corte Constitucional se pronuncie tratando de llenar vacíos, pero lo único que se ha logrado es generar más incertidumbre y aparentes violaciones de derechos constitucionales. Así, se analizará: (i) cuál es el alcance de la consulta popular por iniciativa ciudadana; (ii) cómo es el procedimiento de la consulta popular por iniciativa ciudadana; y, (iii) cuál es el plazo para el dictamen de constitucionalidad en el procedimiento de consulta popular por iniciativa ciudadana.

4.1. Alcance de la consulta popular por iniciativa ciudadana

La iniciativa popular es el procedimiento que permite proponer una modificación legislativa, enmienda constitucional, entre otros temas[31]. Antes de la reforma constitucional del veintiuno de diciembre de 2015, el artículo 104 mencionaba de manera expresa: "La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular **sobre cualquier asunto**" (énfasis añadido)[32]; y, en el mismo artículo inciso sexto se establecen dos únicas excepciones: (i) respecto asuntos de tributos; y, (ii) organización político administrativa[33]. No obstante, con la enmienda constitucional del veintiuno de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional eliminó el

29 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 103. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
30 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 104. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
31 Prud'homme, Jean François. "Consulta popular y democracia participativa". *Óp. cit.*, p. 14.
32 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 4. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
33 *Eiusdem*.

término: sobre cualquier asunto[34]. Actualmente, la Constitución solo mantiene los dos límites mencionados[35].

La eliminación del carácter amplio de la consulta popular ha sido sujeto a muchas críticas; entre ellas, el hecho que la enmienda abre la puerta a la interpretación arbitraria de la Corte Constitucional[36].

A pesar de dicho cambio constitucional, el artículo 21 de la LOPC mantiene: "La ciudadanía podrá solicitar la convocatoria a consulta popular **sobre cualquier asunto**" (énfasis añadido)[37]. Así, aparentemente, el alcance de la consulta por iniciativa popular continúa siendo amplio. Sin embargo, en el mismo artículo de la LOPC se establece más límites que la Constitución determina: "Las consultas populares solicitadas por [...] la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a **tributos, a gasto público o a la organización político administrativa** del país" (énfasis añadido)[38]. La norma añade otro límite o excepción distinta a las que la Constitución establece.

Lo mencionado, se merece varias críticas. En primer lugar, no resulta lógico que, en la Constitución, se haya eliminado la frase cualquier asunto, pero se haya mantenido en la LOPC. En segundo lugar, cómo es posible que, a través de la LOPC, se establezca un límite adicional que la Constitución no lo establece. Aparentemente, lo que la Asamblea Nacional buscaba con la enmienda constitucional era garantizar la armonía jurídica; caso contrario, la limitación adicional de la LOPC sería inconstitucional. ¿Cómo era posible que la Constitución estableciera el alcance amplio de la consulta por iniciativa con dos únicas excepciones y una ley inferior estableciera más límites? Evidentemente aquello, era inconstitucional.

Así, cuando se eliminó el carácter amplio de la consulta popular, aparentemente, ya no resulta ser contradictorio e inconstitucional que una ley inferior realice más limitaciones. Es decir, que las limitaciones a derechos de participación en consulta popular por iniciativa ciudadana quedarán a criterio del legislador[39].

Considero que, a pesar de la enmienda, el precepto sigue siendo inconstitucionalidad. Ello en virtud de que, actualmente, la Constitución sigue manteniendo los dos únicos límites y la norma inferior agrega otro más. Por más que se haya eliminado el carácter amplio, la ley no tiene por qué establecer más límites de que los que la Constitución

34 Enmiendas a la Constitución a la República del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial 653 Suplemento de 21 de diciembre de 2015.

35 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 104. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

36 La Línea de Fuego. *Las "Enmiendas" a la Constitución propuestas por el correísmo*, 2015. https://lalineadefuego.info/2015/02/02/las-enmiendas-a-la-constitucion-propuestas-por-el-correismo-por-montecristi-vive/ (acceso: 14/02/2018).

37 LOPC. Artículo 21. Registro Oficial 175 Suplemento de 2 de febrero de 2010.

38 *Eiusdem*.

39 Pozo, Fabián. *Enmiendas que sustituyen la Constitución, Estatizando los Derechos Ciudadanos*, 4 de septiembre de 2014. http://fabianpozo.blogspot.com/2014/09/enmiendas-que-sustituyen-la.html (acceso: 16/02/2018).

establece. De esta manera, eliminar la frase sobre cualquier asunto, solo produjo que la contradicción con las normas inferiores no sea tan evidente, pero esta se mantiene.

Por otro lado, es inevitable cuestionar el hecho de que, para garantizar una aparente armonía del ordenamiento jurídico, la solución haya sido cambiar la Constitución y no la norma inconstitucional. ¿Acaso prevalece mantener en el ordenamiento jurídico normas inferiores en vez de mantener la integridad de la Carta Magna? Con esto, es claro que lo que se buscó es limitar alcance de la consulta popular por iniciativa y con ello, limitar el derecho a la democracia directa de todos los ciudadanos.

La enmienda constitucional del veintiuno de diciembre de 2015 restringió derechos, en este caso, el derecho a la participación ciudadana y a la democracia directa. La eliminación de la amplitud restringe su participación y su cercanía con el poder en diversos espacios[40]. Según los artículos 441 y 442 de la Constitución, la Carta Magna no puede ser enmendada ni puede existir reforma parcial cuando exista restricción de derechos[41]. La restricción de derechos implica una limitación a los mismos, sin que ello signifique su eliminación[42]. Así, el hecho que la ciudadanía ya no tenga el derecho a convocar a consulta popular sobre cualquier asunto limita su alcance y, por ende, restringe el derecho. Si lo que se buscó fue una restricción de derechos, era necesario que se convocara a una nueva Asamblea Constituyente[43] y no que se modificara la Constitución a través de una enmienda.

Cuando la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de la enmienda propuesta, existieron argumentos que sostenían la existencia de restricción de derechos. No obstante, la Corte concluyó que la misma Constitución establece límites y que, al ya ser limitada, "no hay una afectación al contenido del derecho, pues permanece incólume"[44] y por ende, procede el trámite de la enmienda constitucional[45].

En este punto, la Corte no se percató de que existen leyes inferiores que limitan más el derecho a convocar a consulta popular. Al eliminar la amplitud de la consulta popular, se dio paso a que el derecho puede seguir limitándose por leyes inferiores y que, por ende, exista limitación al derechos de participación. La única forma por la que se podía restringir el derecho, de tal manera, era a través de una nueva constitu-

40 La Línea de Fuego. *Las "enmiendas" a la Constitución*, 2015. *Óp. cit*.

41 Constitución de la República del Ecuador. Artículos 441 y 442. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

42 Fanático del Derecho. *La restricción y suspensión de derechos (artículo 29). Los Derechos Humanos que no se suspenden son los inherentes a la persona y por ello Derechos Fundamentales también llamados Humanos*, 2 de septiembre de 2014. https://fanaticodelderechoysulogica.wordpress.com/2014/09/02/restriccion-y-suspension-de-derechos-articulo-29-los-derechos-humanos-que-no-se-suspenden-son-los-inherentes-a-la-persona-y-por-ello-derechos-fundamentales-tambien-llamados-humanos/ (acceso: 22/02/2018).

43 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 441. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

44Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0001-14-RC*. Dictamen, 31 de octubre de 2014.

45 *Ibíd*.

yente. Como muchos ciudadanos exigían[46]. No obstante, la Corte Constitucional, intérprete máximo de la Constitución[47], determinó todo lo contrario.

Por lo tanto, la Corte Constitucional ha permitido que el alcance de la consulta popular se limite y con ellos el derecho de participación de los ciudadanos. También ha abierto las puertas para que el legislativo pueda realizar más restricciones. Además, es posible que la misma Corte pueda realizar interpretaciones discrecionales ya que no existe el carácter amplio que impedía restringir el derecho. Finalmente, se considera que el hecho que la Constitución establezca dos únicas excepciones, ampliarlas sería inconstitucional.

4.2. Procedimiento de la consulta popular por iniciativa ciudadana

Cuando los ciudadanos deseen convocar a consulta popular deben solicitar al CNE el formato de formulario de recolección de firmas de respaldo adjuntando el texto de preguntas planteadas. La entidad entregará los formularios y, en el plazo de 180 días, los ciudadanos deberán entregar el formulario con el respaldo de firmas. El CNE verificará las firmas y emitirá el informe en un plazo máximo de quince días. Si se cumplen los requisitos, la entidad enviará a la Corte Constitucional el informe para que se emita el dictamen de constitucionalidad[48]. A partir del dictamen de la Corte Constitucional que indique el cumplimiento de requisitos, el CNE tiene el plazo de 15 días para convocar a consulta popular[49].

Como se podrá observar, en este procedimiento también es necesario el dictamen previo de la Corte Constitucional sobre su constitucionalidad[50]. La Constitución establece que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante[51]. Asimismo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC) establece que la Corte Constitucional es competente para ejercer el control de constitucionalidad sobre convocatorias a consultas populares, excepto cuando se consulta la revocatoria del mandato[52]. El artículo 127 de la LOGJCC establece que "la Corte Constitucional realiza un control automático de la constitucionalidad de todas las convocatorias a consulta popular"[53].

46 El Telégrafo. "Una reforma simple a Constitución requiere voto de 91 legisladores". *El Telégrafo*. 20 de febrero de 2013, pár. 12.
47 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). Artículo 170. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.
48 Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato. Artículo 19. Registro Oficial 513 Suplemento de 2 de junio de 2015.
49 Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato. Artículo 30. Registro Oficial 513 Suplemento de 2 de junio de 2015.
50 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 104. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
51 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 438. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
52 LOGJCC. Artículo 75. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.
53 LOGJCC. Artículo 127. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.

El control se ejerce en los mismos términos y condiciones que el control constitucional de la convocatoria a referendo[54]. Así, la Corte Constitucional revisará el aspecto formal y material[55]. Respecto al primero, la Corte verificará: (i) el cumplimiento de reglas procesales; (ii) la competencia en el ejercicio del poder de reforma; y, (iii) la garantía plena de la libertad del elector, el cumplimiento de las cargas de claridad y lealtad[56].

Una vez determinada la constitucionalidad mediante el control formal, se realiza el control material. La Corte Constitucional verifica que los considerados no induzcan las respuestas del elector y que exista concordancia plena entre el considerando que introduce la pregunta y el texto normativo. Además, se verificará el empleo de lenguaje neutro y sin carga emotiva, sencillo y comprensible; la relación directa de causalidad entre el texto y la finalidad de la pregunta; y, que no se proporcione información que no guarde relación con el texto[57].

Finalmente, como control material, la Corte Constitucional también verificará el control constitucional del cuestionario. De esta manera, el artículo 105 de la LOGJCC establece que se controlará: (i) la formulación de una sola cuestión por cada pregunta; (ii) la posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta; (iii) no establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto; y, (iv) que la propuesta tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.

De esta manera, la Corte Constitucional realiza el control de varios aspectos. Ante esto, surge la pregunta: ¿la Corte, como máximo intérprete de la Constitución, debe revisar temas formales? Además, ¿es práctico y eficiente el control de constitucionalidad?

Respecto a la primera pregunta, la Constitución establece que la Corte es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia[58]. El artículo 438 del mismo instrumento normativo establece que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de convocatorias a consultas populares[59]; es decir, que la Corte debería verificar, únicamente, que la convocatoria sea realizada conforme la establece la Constitución, que no sea contraria a la Constitución. Así, parecería ser que el control de la Corte debe limitarse a revisar que se cumplan disposiciones constitucionales no legales.

54 *Eiusdem.*
55 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0002-10-CP*. *Óp. cit.*
56 LOGJCC. Artículo 103. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.
57 LOGJCC. Artículo 104. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.
58 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 429. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
59 *Eiusdem.*

A pesar de ello, por la LOGJCC, norma inferior, la Corte revisa que se cumplan requisitos formales, control que ya lo hace el CNE[60]. Así, la revisión del proceso de consulta popular por iniciativa pasa por un doble filtro que parece no ser necesario y que, por lo contrario, puede ser un obstáculo de toda consulta popular.

Como se mencionó previamente, la Corte Constitucional primero revisa temas formales; sin que se cumpla estos requisitos, no se puede analizar el fondo. No obstante, si el objetivo del dictamen es analizar la constitucionalidad de la convocatoria; es decir, que lo que abarca la convocatoria no sea contrario a la Constitución, por qué se analiza detenidamente que se cumplan preceptos legales y reglamentarios, algo que no lo establece la Constitución; y, si no se cumplen dichos preceptos, la convocatoria no puede ser analizada de fondo, análisis que exige la Constitución. Así, valga hacerse la pregunta ¿podría conllevar esto a un tema de incumplimiento de funciones?

En relación a la practicidad y eficiencia del control constitucional. El artículo 100 de la LOGJCC que establece que cuando se solicita que la Corte determine el procedimiento de reforma constitucional y esta es por iniciativa ciudadanía, el control se realiza antes de dar inicio a la recolección de las firmas requeridas para la respectiva convocatoria a referéndum o para la presentación a la Asamblea Nacional[61]. Esto ha sido ratificado en el dictamen 001-14-DRC-CC[62]. Aquello resulta totalmente lógico, ¿cómo empezar a recolectar firmas sin saber qué procedimiento se deberá seguir?

Lo mencionado continuaría siendo lógico si también se aplicaría a convocatorias a consultas populares por iniciativa popular. Los ciudadanos, primero, deben recolectar el respaldo del cinco por ciento o más de firmas de personas inscritas en el Registro Electoral, si es de carácter nacional; y, el diez por ciento o más, si la iniciativa es de carácter local[63]. Así, por ejemplo, para la solicitud de consulta popular del Yasuní se calculó que se debía recolectar 3334 firmas diarias en los ciento ochenta días de plazo[64]; alrededor de seiscientos mil firmas. En la propuesta a consulta popular presentada por el colectivo Rafael Contigo Siempre, Pamela Aguirre aseguró que la impresión de formularios le costó dos mil dólares y su movilización por el país alrededor de tres mil dólares; además, requirió de mucha gente aparentemente voluntaria que permitiera la recolección de firmas[65]. Definitivamente la cantidad de firmas que se requiere es alta y para ello se necesita de muchos esfuerzos económicos y físicos. Ahora, supongamos que los ciudadanos reunimos el número de firmas necesarias, adjuntamos todos los requisitos adicionales, y finalmente, la Corte dice

60 Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato. Artículo 29. Registro Oficial 513 Suplemento de 2 de junio de 2015.

61 LOGJCC. Artículo 100. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.

62 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0001-14-RC. Óp. cit.*

63 Constitución de la República del Ecuador. *Eisudem*. Artículo 104.

64 La Hora. "Empezó la recolección de firmas para consulta popular por el Yasuní". *La Hora,* 16 de octubre de 2013, pár. 1.

65 Aguirre, Pamela. Citada en El Universo. "Colectivo Rafael Contigo Siempre ultima firmas para que presidente sea candidato". *El Universo*, 8 de agosto de 2016, pár. 13.

que las preguntas eran inconstitucionales. Definitivamente, sería práctico que la Corte determinara que las preguntas son o no constitucionales para, según ello, proceder a la fase costosa de recolección de firmas.

En el dictamen 001-13-DCP-CC, la Corte Constitucional se pronunció sobre las preguntas formuladas por Galo Lara Yépez, el solicitante. La propuesta de consulta popular era respecto a la regulación de trasmisión, contenido, gastos, sanción, entre otros aspectos de cadenas presidenciales y organismos públicos. La Corte, en la fase de admisibilidad, solicitó el respaldo de ciudadanos; es decir, los formularios con las firmas de los ciudadanos. No obstante, el solicitante mencionó que mientras se recogían las firmas él solicitó que se enviara a la Corte Constitucional para que determinase si las preguntas están de acuerdo con la Constitución y la ley[66].

Ante esto, la Corte Constitucional mencionó que el control formal busca proteger la legitimidad democrática para realizar la pregunta; luego del control formal, se puede realizar el control material. Se concluye que no se cumplen los requisitos formales en virtud de que el solicitante no presentó al CNE el respaldo electoral. Además, se determina que el control constitucional no es antes de la recolección de firmas[67].

A pesar de ello, en el mismo dictamen la Corte Constitucional reconoce textualmente:

> [L]a Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, y la actual han admitido a trámite solicitudes de control de constitucionalidad acerca de **preguntas que eventualmente** [podrían] plantearse en consultas populares por iniciativa ciudadana (énfasis añadido)[68].

Es decir, reconoce que, en varios casos, se ha admitido analizar la constitucionalidad de las preguntas sin que sea necesario presentar el respaldo electoral. No obstante, la Corte Constitucional insiste en su posición inicial, de tal manera que establece su decisión como regla jurisprudencial de aplicación obligatoria con efecto *erga omnes*[69].

Aparentemente, la Corte deja en claro que el control se realiza una vez presentado el respaldo electoral. Pero la pregunta se mantiene: ¿qué sucede si las preguntas eran inconstitucionales y ya se cuenta con el respaldo? Si son inconstitucionales, ¿se debe corregir las preguntas y nuevamente recolectar firmas? Esto, evidentemente, constituye un obstáculo para el ejercicio del derecho democrático; con qué seguridad un ciudadano realiza sus esfuerzo para recolectar firmas si estos pueden ser en vano por decisión de la Corte.

66 Corte Constitucional del Ecuador. *Caso 0002-10-CP. Óp. cit.*
67 *Ibíd.*
68 *Ibíd.*
69 *Ibíd.*

4.3. Plazo de la Corte Constitucional para la emisión del dictamen de consulta popular

La LOGJCC establece, en su artículo 105, que "[s]i la Corte Constitucional no resolviere sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de **veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo**, se entenderá que ha emitido dictamen favorable"(énfasis añadido)[70]. Adicionalmente, en el inciso final del mismo instrumento se establece que la omisión de no emitir el dictamen en el plazo establecido dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan[71].

El Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (en adelant, RSPCCC) establece, en su artículo 85, que el juez ponente emitirá su proyecto de dictamen dentro del término de diez días, el cual luego se pondrá a conocimiento del Pleno de la Corte, quien lo resolverá dentro del término de diez días[72]. De esta manera, se ratifica que la Corte tiene veinte días para emitir el dictamen, el cuál se divide en diez días para el dictamen borrador del juez ponente y diez días para la decisión final.

Lo que permanece en duda es desde cuándo se cuenta el término de veinte días. La LOGJCC menciona que es desde que se inicia el control previo[73], pero ¿cuándo se entiende iniciado el control previo?

El artículo 85 de la RSPCCC menciona, en su inciso final, que los términos se contarán conforme el artículo 9 del mismo instrumento. Cabe recalcar que este inciso fue sustituido en noviembre de 2011; antes mencionaba que el juez ponente emitirá su proyecto de dictamen el en término de diez días a partir del momento en que el expediente se encuentre en el despacho y lo remitirá a Secretaría General. El Pleno de la Corte resolverá dentro del término de diez días posteriores a la notificación de la recepción del proceso, por parte de la Secretaría General.

Así, continuando con la normativa vigente, el artículo 9 del RSPCCC que fue remitido por el artículo 85 de la misma norma establece:

> Los plazos y términos a los que se refiere la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se aplicarán a la fase de impulsión judicial **que se inicia a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión** de las distintas Salas de Admisión, Selección y Revisión, al despacho de la jueza o juez sustanciador o al despacho del Pleno de la Corte. **No se computarán dentro del cálculo de plazos y términos el tiempo durante el cual el expediente no se encuentre al despacho** del juez, de las salas […] o del Pleno

70 LOGJCC. Artículo 105. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.
71 *Eiusdem.*
72 RSPCCC. Artículo 85. Registro 613 Suplemento de 22 de octubre de 2015.
73 LOGJCC. Artículo 105. Registro Oficial 52 Suplemento de 22 de octubre de 2009.

> […]. **Los plazos y/o términos deberán comenzar a contarse a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia o auto de avoco de la causa** por parte del juez o de las distintas Salas, **y desde que el expediente haya sido incluido para conocimiento del Pleno** […]
>
> Cuando se trate el asunto dentro del orden del día por el Pleno de la Corte Constitucional se entenderá la impulsión **desde que se encuentra al despacho del Pleno**.
>
> Cuando el Pleno […], las salas […], y las juezas o jueces constitucionales soliciten apoyo técnico jurisdiccional, ordenen la práctica de diligencias y/o soliciten estudios especializados **se suspenderá el cómputo de los plazos o términos** […] (énfasis añadido)[74].

De esta manera, el RSPCCC determinaba, antes, que el término para el dictamen se contaba desde que el expediente se encuentre al despacho. Actualmente, resulta que los términos y plazos se cuentan: (i) a partir del día siguiente a que el expediente se encuentre listo para la decisión y que esté al despacho del juez, las salas o el pleno; (ii) a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la providencia o auto de avoco de la causa. Además, los plazos pueden ser suspendidos[75].

Es decir, que los plazos se cuenta desde el día siguiente de notificado el avoco de la causa pero se suspende el cálculo si el expediente no está en al despacho del juez, además, se suspende si se solicita apoyo técnico jurisdiccional. Como se mencionó previamente, la LOGJCC establece que el plazo del dictamen es de veinte días después de haber iniciado el respectivo control previo; con el RSPCCC, es plausible interpretar que el inicio del control previo es luego de avocado el conocimiento de la causa y sin tomar en cuenta el tiempo que el expediente no está al despacho.

¿Nos genera esto seguridad jurídica? En primer lugar, es inconcebible que un reglamento limite las disposiciones constitucionales. El inicio del procedimiento, en general, es desde presentada la solicitud a demanda[76]. Así, resultaba lógico que el inicio del control previo sea desde que se presenta la solicitud; no obstante, el RSPCCC cambia el sentido lógico y decide establecer que el inicio del proceso es posterior al momento de presentada la solicitud. En segundo lugar, el RSPCCC establece no tomar en cuenta el tiempo que el expediente no está al despacho ¿cómo los ciudadanos, los peticionarios, el CNE pueden saber cuándo estuvo o no el expediente en el despacho de manera exacta?

Definitivamente, esta incertidumbre hace que muchas veces no se pueda exigir a la Corte el cumplimiento del plazo constitucional, pues se escudan en la RSPCCC, que ellos mismo crearon, para tener más tiempo en la toma de decisiones.

---

74 RSPCCC. Artículos 9 y 85. Registro 613 Suplemento de 22 de octubre de 2015.
75 *Eiusdem.*
76 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 141. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

En justicia ordinaria, el cálculo de plazos suele ser claro, pues no se vale de disposiciones que desconocen las partes como la de saber dónde está el expediente para determinar si se suspendió el plazo o no. Así, el cálculo de plazos y términos constitucionales deben ser claros; caso contrario, existe incertidumbre de las partes en el proceso atentando contra la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 de la Constitución[77].

El ejemplo más claro es la reciente consulta popular de 2018, resulta que la Corte Constitucional no se pronunció dentro de los veinte días de presentada la solicitud. Lenin Moreno envió las preguntas para su dictamen el dos de octubre de 2017, pasaron veinte días desde aquella fecha por lo que se aseguró que el dictamen se entendería favorable[78]. Stalin Raza ha establecido que si la Corte no se pronuncia dentro de los veinte días de presentada la solicitud, pierde la competencia para tratar la consulta popular y cualquier dictamen posterior no será válido[79].

El exjuez de la Corte Constitucional, Antonio Gagliardo, justificó que la Corte se basa en un reglamento interno para contabilizar el plazo; pese a ello, reconoce que la ley está por encima del reglamento[80]. Así mismo, la exjuez Nina Pacari estableció que no se pueden justificar los plazos por un reglamento[81].

De esta manera, las disposiciones del RSPCCC han sido consideradas como contrarias a la norma superior. La Corte no se puede escudar en un reglamento para incumplir los términos y plazos. Dichas disposiciones pueden mirarse como inconstitucionales al atentar contra la seguridad jurídica generando incertidumbre del cálculo de términos y plazos. Ante esto, es claro que la probabilidad que la misma Corte Constitucional declare inconstitucional una resolución creada por ellos, no es muy alta.

5. Conclusión: el gobierno de los jueces constitucionales

El gobierno de los jueces es "una expresión utilizada al inicio del siglo XX, […] para criticar la jurisprudencia de la magistratura americana de tipo Federal, este pensamiento hace significar el poder que tienen los jueces en la vida institucional"[82]. Este concepto puede verificarse de cuatro maneras: (i) disponen de una parte del poder legislativo; (ii) tienen la posibilidad de iniciar de oficio ciertas acciones o controles como el de constitucionalidad; (iii) poseen la posi-

77 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 73. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
78 Maldonado, Carla. "La consulta popular está apegada a la Constitución y a la ley". *El Telégrafo*. 3 de diciembre de 2017, pár. 7-9.
79 Raza, Stalin. Citado en Maldonado, Carla. "La consulta popular está apegada a la Constitución y a la ley". *El Telégrafo*. 3 de diciembre de 2017, pár. 13.
80 Gagliardo, Antonio. Citado en Maldonado, Carla. "La consulta popular está apegada a la Constitución y a la ley". *El Telégrafo*. 3 de diciembre de 2017, pár. 15.
81 Pacari, Nina. Citada en Maldonado, Carla. "La consulta popular está apegada a la Constitución y a la ley". *El Telégrafo*. 3 de diciembre de 2017, pár. 17.
82 Garrido, Juan Antonio. *El gobierno de los jueces*. http://www.ilustrados.com/tema/8468/gobierno-jueces.html (acceso: 18/02/2018).

bilidad de aplicar principios vagos; y, (iv) la voluntad de los jueces puede irse en contra de la voluntad del legislador[83].

En el presente artículo, el gobierno de los jueces constitucionales se ha visto reflejado en varios aspectos. En primer lugar, respecto a alcance de la consulta popular por iniciativa ciudadanía, la Corte determinó que la enmienda constitucional no restringía derechos permitiendo que dicho procedimiento no sea sobre cualquier asunto; y, se faculte al legislador y a la misma Corte, establecer más excepciones y límites a la consulta popular por iniciativa ciudadana. De esta manera, cuando la Corte Constitucional decidió que procede la enmienda constitucional, fue indirectamente parte del poder legislativo que cambió la norma suprema reflejando el gobierno de los jueces constitucionales.

En segundo lugar, la Corte ha determinado, como regla jurisprudencial de aplicación obligatoria con efecto *erga omnes*, que las firmas para consulta popular por iniciativa ciudadana se presentan antes del control de constitucionalidad. Al no haber leyes jurídicas que establezcan de manera clara el procedimiento, la Corte utiliza sus facultades para emitir disposiciones obligatorias para todos los ciudadanos. Dichas disposiciones han afectado la eficacia del procedimiento de consulta popular. Evidentemente, esta es una manifestación de cierto poder legislativo, pues a pesar de ser una regla jurisprudencial, es una disposición que suerte efecto para todos, equivalente a una norma emitida por el poder legislativo. Por ello, esta es otra manifestación del gobierno de los jueces de la Corte.

Finalmente, la forma más evidente del gobierno de los jueces constitucionales es cuando, a través de crear reglamentos, pueden modifican los plazos establecidos en la Constitución y en la LOGJCC. Así, el gobierno de los jueces va más allá de establecer disposiciones en sus precedentes, sino también en sus resoluciones, en este caso en la RSPCCC.

Los temas de alcance constitucional de la consulta popular por iniciativa ciudadana, su procedimiento y el plazo para la emisión del dictamen constitucional han generado incertidumbres, pues sus decisiones no están sujetas a un control concreto, ni poseen legitimidad. Esto ha llevado al punto de determinar que la Corte ha limitado el derecho de participación ciudadana contraviniendo la democracia directa y con ello la Constitución, ¿cómo frenar el gobierno de los jueces de la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación y control de la Carta Magna?

Las soluciones ante esto pueden ser varias. En primer lugar, se debe garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces constitucionales para evitar que la toma de decisiones sea libre de presiones políticas. En segundo lugar, es ne-

83 Troper, Michel. "Existe-t-il un concept de gouvernement de juges?". *Gouvernement des juges er démocratie* (2001), p. 355.

cesario plantear la acción de inconstitucionalidad respecto al artículo 21 de la LOPC que establece un límite adicional para la consulta popular. Dicho límite no lo estable la constitución; así, la norma mencionada restringe el derecho de participación ciudadana.

En tercer lugar, es necesario reformar la LOGJCC que regula el control constitucional y el artículo 29 del Reglamento para el Ejercicio de la Democracia Directa a través de la Iniciativa Popular Normativa, Consultas Populares, Referéndum y Revocatoria del Mandato. Esto en virtud de que el control que el CNE y la Corte hacen respecto al procedimiento de consulta popular, ha provocado que se obstaculice y vuelve ineficaz el ejercicio del derecho a la participación ciudadana.

En cuarto lugar, se debe plantear una acción de inconstitucionalidad del artículo 9 RSPCCC que altera la contabilidad de términos y plazos, produciendo incertidumbre e inseguridad jurídica de los ciudadanos. El conjunto de acciones mencionadas no solo buscará conseguir cambios concretos, sino que constituyen presión social y control a los jueces constitucionales. La única forma de evitar el gobierno de los jueces es la constante fiscalización y presión de los ciudadanos mediante los diversos mecanismo disponibles, como los mencionados.


MEYTHALER &
ZAMBRANO
ABOGADOS

La admisibilidad del recurso de casación: análisis desde el enfoque constitucional

Mercedes Alejandra Soriano Díaz
Flor & Hurtado Abogados, Quito, Ecuador.
Correo electrónico: alejandra.soriano@fhlegal.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

La casación constituye un mecanismo judicial extraordinario y excepcional, cuya finalidad es garantizar la corrección de los fallos judiciales en la administración de justicia ordinaria. En tal virtud, la admisibilidad de los recursos de casación debe pasar por los preceptos constitucionales del derecho al acceso a la justicia. La función de la Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia es verificar el cumplimiento de requisitos formales para admitir a trámite un recurso de casación. Evidentemente, aquel procedimiento judicial de verificación formal está sujeto al marco constitucional. Sin el correcto examen este recurso puede ser inadmitido, lo que constituiría una violación a la tutela judicial efectiva y el incumplimiento del deber del Estado de corregir el error judicial; es el tema que aborda el presente artículo.

Palabras clave

Casación, admisibilidad, sala de conjueces, inadmisibilidad, admisión del recurso de casación, constitucionalidad de la inadmisión, Corte Nacional de Justicia.

The admissibility of the cassation appeal: analysis from a constitutional approach

Abstract

The cassation appeal constitutes an extraordinary and exceptional judicial mechanism; which purpose is to guarantee the correction of the judicial decisions in the administration of ordinary justice. As such, the admissibility of appeals must meet the constitutional precepts of the right to access justice. The function of the Associate Judges of the National Court of Justice is to verify compliance with formal requirements in order to admit an appeal for cassation. Evidently, that judicial procedure of formal verification is subject to the constitutional framework. The lack of proper examination may cause this remedy to be inadmissible, which would constitute a violation of the effective judicial protection and the breach of the State's duty to correct the judicial error. This is the subject that the present article addresses.

Keywords

Cassation, admissibility, cassation appeal, chamber of associate judges, inadmissibility, admission of the cassation appeal, constitutionality of inadmissibility, National Court of Justice.

1. Introducción

Los derechos de protección y principios de administración de justicia consagrados en la Constitución de la República establecen los límites dentro de los cuales actuarán los operadores jurisdiccionales. Estos derechos amparan a las personas ante posibles fallos judiciales contentivos de errores mediante una serie de mecanismos. El recurso de casación constituye uno de aquellos medios de protección y garantía de corrección de todo fallo judicial dentro de la justicia ordinaria.

La casación consiste en un examen de legalidad de las sentencias y decisiones de última instancia. Verifica su alineación con el ordenamiento jurídico vigente por parte de jueces especializados (según la materia) de la Corte Nacional de Justicia. Su misión es profiláctica, en tanto neutraliza todo fallo que riña con la ley para que sus efectos no se manifiesten en el mundo real, toda vez que un fallo en el que se identifiquen graves errores de Derecho carecería de sustento jurídico suficiente para su ejecución. Casar, precisamente, significa anular o derogar una decisión judicial final[1].

El examen casacional es de alta técnica jurídica: la materia sobre la cual recaerá la labor judicial no será una controversia interpartes sobre ciertos hechos, sino entre la decisión de un juzgador de última instancia y la norma positiva aplicada sobre cuestiones netamente jurídicas. Es decir, comparativamente, el objeto de la litis es distinto a la generalidad de las causas sometidas a juicio de los tribunales. Sobre este aspecto, el doctor Santiago Andrade Ubidia explica que varias Salas de la ex Corte Suprema consideraban a la casación como una acción independiente, una nueva demanda atinente, no a hechos sino a la ocurrencia de vicios de Derecho en una decisión judicial previa:

> Una verdadera acción impugnativa [...] por estimar que constituye una demanda en que ha cambiado el objeto del *petitum* y, en lugar de ser la prestación reclamada por el actor al demandado, es el ataque que realiza la parte contra la sentencia que le agravia, o sea que, en definitiva, se trata de una acción del particular contra el Estado con ocasión del gravamen que le causaba el fallo definitivo y ejecutoriado, dotado de la fuerza de cosa juzgada material, a fin de que esa cosa juzgada se destruya y sea reemplazada [sic] por un fallo ajustado a derecho[2].

Si bien posteriormente las Salas de la Corte Nacional concordaron en que la casación es un recurso más del proceso, aunque extraordinario, el objeto que aquí se describe es definitivamente el de destruir los efectos de la cosa juzgada material, en una resolución judicial que no se ajusta a Derecho. El tratadista colombiano Humberto Murcia Ballén, explica de forma diáfana:

1 Según la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, casar es “anular, abrogar, derogar una sentencia”. Real Academia Española. *Diccionario Usual*, 2017. http://dle.rae.es/srv/fetch?id=7mL8hqm%7C7mLg2Jx%7C7mNkIrN (acceso 31/03/2018).

2 Andrade U., Santiago. *La casación civil en el Ecuador.* Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2005, p. 39-40.

> El fin propio de la casación, que se traduce en la defensa del Derecho objetivo y en la unificación de su interpretación, se funda en el interés público. Al lado de este, la institución tiene también un interés privado, que consiste en la enmienda del perjuicio o agravio inferido al particular por la sentencia. De lo cual se sigue que la casación tiene dos fines perfectamente diferenciables: un fin principal, que, por consistir en la tutela de la ley y en la unificación de su interpretación, reviste carácter de eminente interés público; y un fin secundario, que mira al que concretamente persigue el recurrente y que, por lo tanto, se funda en un interés privado o particular[3].

El autor aporta al concepto de la casación como una fórmula de protección de los derechos, en tanto la "tutela de la ley" es primordial en el Estado de Derecho en el que el poder público se ejerce bajo el principio de juridicidad. De ahí que este medio de impugnación presente reglas propias que orientan al tribunal casacional y a los casacionistas (es decir, las partes que someten un fallo al juicio de legalidad) en este sentido. Estas reglas procesales particulares están contenidas actualmente en el Capítulo IV del Título IV sobre la impugnación, en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP). El artículo 268 recoge –y reorganiza– los casos casacionales que ya se aplicaban desde la vigencia de la Ley de Casación[4]. Estos son:

1. Caso 1: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión a alguna de las partes.

2. Caso 2: ausencia de alguno de los requisitos exigidos por la ley en la sentencia o auto. Este caso también incluye las decisiones que, en su parte dispositiva, adopten medidas contradictorias o incompatibles con el resto del fallo, así como aquellas que carezcan motivación.

3. Caso 3: la resolución judicial que carece de congruencia, es decir, cuando ha incurrido en los tradicionales vicios de citra petita, ultra petita y extra petita.

4. Caso 4: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o no aplicación de normas de derecho sustantivo. La jurisprudencia ecuatoriana concuerda en que, para invocar esta causal, hace falta que se identifiquen reglas específicas sobre cómo valorar la prueba en el caso determinado.

3 Murcia B., Humberto. *Recurso de casación civil.* Bogotá: Editorial Liberaría El Foro de la Justicia. 3.ª ed., p. 42-43.

4 La Ley de Casación de 2004 fue derogada precisamente por el COGEP. No obstante, todas las causas que en la actualidad se ventilan de acuerdo al procedimiento contenido en las normas procesales anteriores (como el Código de Procedimiento Civil y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) deberán continuar tramitándose conforme a la Ley de Casación.

5. Caso 5: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, siempre que tales normas sean determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto, de modo que la ausencia del vicio alegado hubiera llevado al juzgador a una decisión distinta de la adoptada.

Como se puede observar, no cualquier sentencia que contenga errores merece ser objeto de un examen casacional tendiente a anular sus efectos jurídicos. En virtud del derecho a la seguridad jurídica, la aplicación de las normas por parte de las autoridades competentes implica que esas decisiones se cumplan materialmente; de ahí la estrecha relación de este derecho con el principio de cosa juzgada. Sobre este tema, la ex Corte Suprema de Justicia, ha anotado:

> La Sala observa que no es materia de casación cualquier error de derecho, sino aquellos que, por su trascendencia, tengan influencia decisiva en el fallo y que hayan sido determinantes de su parte dispositiva o cuando la aplicación de normas procesales provoque nulidad o indefensión que influyan en la decisión de la causa[5].

Las cinco causales de casación listadas anteriormente abarcan la totalidad de los casos en los que el error judicial es tan pernicioso que debe ser sustraído del ordenamiento jurídico. Se puede apreciar además que, en la redacción de las causales, el Legislador abarca preceptos que permitirían garantizar la constitucionalidad de los fallos judiciales. Cuestiones como la congruencia y motivación; el respeto al debido proceso y la observancia de la ley sustantiva; constituyen pilares del derecho a la tutela judicial efectiva. Es preciso recordar que, si bien el examen casacional es de legalidad y no de constitucionalidad, ciertamente, todo operador de justicia tiene la obligación de aplicar la Constitución de forma directa e inmediata, conforme lo prevé el artículo 11 de la Norma Fundamental. Entonces, la casación puede conceptualizarse como un eje del sistema de administración de justicia, pues un adecuado examen de esta especie permitiría neutralizar oportunamente un fallo contentivo de error judicial, de modo que se impida que lesione los derechos constitucionales.

Ante este panorama, la Sala de Conjueces de la Corte Nacional debe verificar la legalidad del examen de admisibilidad a la luz de la normativa procesal vigente, bajo el marco constitucional que ha previsto que para el ejercicio de derechos (como el acceso a la justicia y a la impugnación) no se exigirán otros requisitos que los previstos en la ley. El COGEP ya establece los elementos de forma que la Sala de Conjueces ha de valorar durante el examen de admisibilidad del recurso de casación. Exceder estos requisitos pugna con la ley procesal y la Norma Fundamental.

5 Sala de lo Civil y Comercial de la ex Corte Suprema. *Gaceta Judicial 95/16/2*, . Sentencia, 15 de noviembre de 1994, p. 255.

2. Las etapas del juicio casacional

El proceso de casación cuenta con cuatro etapas de acuerdo al COGEP[6]:

1. Calificación: corresponde al tribunal de instancia que dictó el fallo que será objeto de la casación. En este momento, el juzgador verifica que el recurso haya sido presentado dentro del término de diez días posteriores a la ejecutoría del fallo o de la resolución de aclaración o ampliación, si fuere el caso.

2. Admisibilidad: consiste en un primer examen sobre los requisitos formales que debe cumplir el recurso de casación, dada la naturaleza extraordinaria de este trámite judicial. El artículo 270 del COGEP fija las reglas que debe seguir la Sala de Conjueces de la Corte Nacional, corporación a la que atañe este análisis de admisibilidad.

3. Sustanciación: en el procedimiento oral, la sustanciación se lleva a cabo por medio de una audiencia, que debe ser convocada luego de resuelta la admisibilidad del recurso de casación, en la cual las partes procesales han de ser oídas en igualdad de condiciones.

4. Resolución (sentencia): al finalizar el debate, la Sala correspondiente de la Corte Nacional dicta la resolución respectiva según el caso casacional invocado. Es importante anotar que los efectos difieren entre los cinco distintos tipos de casos descritos en la norma procesal.

El examen de admisibilidad, en términos generales, puede considerarse como un filtro que permite la tramitación por parte de la Sala, únicamente para aquellos recursos que hayan sido interpuestos de manera correcta en el aspecto formal. En contraste con la justicia constitucional –para ejemplificar–, la casación es extremadamente formalista y rigurosa a diferencia de aquella en la que prima lo sustancial sobre las formas. El artículo 169 de la Constitución prescribe:

> Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades[7].

Este principio constitucional heredado de la Constitución Política de 1998 ha sido desarrollado en el ámbito casacional mediante la jurisprudencia. El doctor Santiago Ubidia, apoyado en una sentencia de la Corte Suprema, explica la importancia del formalismo en la interposición del recurso:

6 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 268. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.
7 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 169. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

> Cuando se trata de los requisitos de forma establecidos en el ordenamiento legal de los actos y los negocios jurídicos, no puede prescindirse de la razón de ser de los mismos, de la teleología del rito, que es la de ser un medio para la realización de la justicia; si se pretendiera exigir que se observen las formalidades externas, los ritos *per se*, como si fueran un fin en sí mismas y no un medio, sería, en definitiva, como instaurar un culto idolátrico en que la esencia de la divinidad se hallaría en el objeto material de la adoración. La Constitución Política de la República no reprueba el formalismo procesal, lo que condena es el que se conviertan en meras complicaciones de las formas, que impongan la realización de las prácticas vacías de contenido, que se constituyan en un fin de tal manera que el proceso se convierta en un instrumento a su servicio al punto que la justicia pase a segundo plano[8].

La casación constituye la excepción que confirma esta regla constitucional orientativa de todo el sistema de justicia. En la casación, la rigurosidad permite garantizar la seguridad jurídica y el principio de cosa juzgada material, que son derechos procesales de las partes. Un filtro endeble en la admisibilidad conllevaría a la violación sistemática del derecho a la seguridad jurídica y a la tutela efectiva por parte del aparato de justicia, hasta desbordarlo. Pero un tamiz impenetrable causaría los mismos efectos, esta vez, por omitir el ejercicio de corregir el fallo expedido con errores que violen los derechos de las partes y el ordenamiento jurídico vigente. En este contexto, el presente análisis se circunscribe a la etapa de admisibilidad del recurso de casación.

2.1. La etapa de admisibilidad de los recursos de casación

Para profundizar en el análisis es menester acercarse al contenido de la norma procesal que describe el trámite correspondiente a esta fase. El artículo 270 del COGEP[9] dispone:

> Art. 270.- Admisibilidad del recurso. Recibido el proceso en virtud del recurso de casación, se designará por sorteo a una o a un Conjuez de la Corte Nacional de Justicia, quien en el término de quince días examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en este Código y si lo admite o no.
>
> No procede el recurso de casación, cuando de manera evidente, lo que se pretende es la revisión de la prueba.
>
> Si el proceso se eleva en virtud de recurso de hecho, dentro del mismo término, examinará si el recurso de casación fue debidamente interpuesto, en cuyo caso concederá el recurso de casación.
>
> Si se inadmite el recurso de casación o el de hecho, se devolverá el proceso al órgano judicial respectivo.
>
> Si se admite el recurso de casación se notificará a las partes y se remitirá el expediente a la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia.

El primer inciso de este artículo establece con claridad el objetivo del análisis de admisibilidad: verificar el cumplimiento de los requisitos formales. El segundo

8 Andrade U., Santiago. *La casación civil en el Ecuador. Óp. cit.,* p. 238-239.
9 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 270. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

inciso, en cambio, establece la única regla que podría facultar a la Sala de Conjueces cierta revisión del fondo del recurso de casación, al determinar que el recurso puede ser inadmitido cuando, de manera evidente lo que el casacionista pretende es una nueva revisión de la prueba. El Código no presta auxilio alguno en relación con la interpretación adecuada de la frase "de manera evidente"[10], y da lugar a subjetividades, pues un determinado objeto puede ser evidente para unos en ciertas condiciones pero no para otros, aunque se encuentren ante el mismo objeto. Ciertamente, en Derecho Público, lo óptimo es limitar al mínimo posible las ambigüedades normativas para restringir también así la posibilidad de caer en la arbitrariedad (a la que los órganos públicos son particularmente susceptibles por el poder que ejercen en nombre del pueblo). En todo caso, basta con dejar sentado que a la Sala de Conjueces compete realizar dos exámenes: (i) sobre el cumplimiento de requisitos formales; y (ii), sobre una "evidente" nueva revisión de la prueba, como lo expresa el COGEP.

La Corte Constitucional se ha ocupado de aclarar, a la luz de la Norma Fundamental, las finalidades de cada una de las etapas de la casación. Según la Corte, en la fase de admisibilidad, los Conjueces deben determinar si es posible permitir la tramitación del caso ante la Sala Especializada correspondiente, mediante la determinación del cumplimiento de los requisitos formales. Entonces, a la Sala de Conjueces le está vedado el análisis de fondo del recurso de casación:

> En este contexto, cabe reiterar que la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que **tiene como finalidad permitir la tramitación del mismo mediante el análisis de los requisitos formales del escrito que lo contiene, en tanto que, las fases de sustanciación y resolución tienen por objeto resolver el asunto de fondo del caso**. Con este fin y solo en esta última fase, el juzgador debe confrontar las pretensiones y argumentaciones del recurrente, con el contenido del fallo recurrido. Como producto de dicho ejercicio intelectual, se da la comprobación respecto de si las aseveraciones vertidas en el escrito contentivo del recurso de casación son acertadas; o si, por el contrario, carecen de veracidad o exactitud. Este tipo de argumentación únicamente se puede dar en la sentencia de casación, cuyo objeto es decidir respecto de la procedencia o no del recurso presentado.
>
> Conforme a lo expuesto, resulta incoherente que los jueces casacionales, en una misma decisión, hayan abordado el análisis de dos fases distintas del recurso de casación, siendo que **las mismas merecen un análisis independiente**, y en aquel sentido, el análisis que requiere cada momento procesal es **incompatible entre sí** (énfasis añadido)[11].

Se concluye, en función de lo desarrollado por la Corte Constitucional, que la etapa de admisibilidad en el decurso del trámite casacional consiste en un examen del cumplimiento de los requisitos en el recurso interpuesto por el casacionista. Este examen no puede trascender a la cuestión de fondo del recurso de casación, pues ello es materia de un segundo momento procesal: la sustanciación del recurso.

10 *Eiusdem*.
11 Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección 136-17-SEP-CC*. Sentencia, 3 de julio de 2017.

3. Función de la Sala de Conjueces en el marco procesal actual

Antes de abordar la función de la Sala de Conjueces de la Corte Nacional respecto al trámite del recurso de casación, se debe atender al concepto de tutela judicial efectiva que la Constitución provee. El artículo 75 de la Constitución establece, como el primero de los derechos de protección, el siguiente:

> Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley[12].

Este artículo delimita el ámbito de acción de aquella corporación en el marco de los derechos fundamentales, ante los cuales la administración de justicia constituye un servicio público. Según la norma aludida, el acceso a la justicia está ligado al derecho a la tutela judicial efectiva (o, más precisamente, a la tutela efectiva de derechos, sea que esta se ejerza en sede judicial o no). La Corte Constitucional define el núcleo duro del derecho de acceder a los órganos de justicia como un derecho constitucional en los siguientes términos:

> De la disposición constitucional citada, se colige que el derecho bajo análisis consiste en la facultad de acceder a los órganos jurisdiccionales para, a través de ellos, alcanzar decisiones fundamentadas en derecho, **es decir, la tutela judicial efectiva es el derecho de toda persona no solo de acudir a los órganos jurisdiccionales, sino que a través de los debidos cauces procesales y en observancia de las garantías mínimas previstas por la Constitución y la ley, obtener de la administración de justicia decisiones debidamente motivadas respecto a las ciertas pretensiones legales**.
> En tal virtud, el contenido de este derecho no se circunscribe únicamente a garantizar el mero acceso a la jurisdicción, su objetivo se extiende a todo el desarrollo del proceso, de tal manera que los procedimientos y las decisiones judiciales se ajusten a los preceptos constitucionales y legales que integran el ordenamiento jurídico (énfasis añadido)[13].

Entonces, para garantizar el derecho de acceso a la justicia en la interposición de un recurso de casación es preciso que los juzgadores a cargo del mismo –particularmente en la etapa de la admisibilidad– observen cuidadosamente que sus actuaciones se alineen al trámite legal previsto. Dicho trámite, además, debe estar a órdenes de los derechos fundamentales y procesal-constitucionales, en cumplimiento del artículo 169 de la Constitución de la República, que estatuye que el sistema procesal es un medio para la consecución de la justicia, y nunca al contrario. En este escenario marcado por la normativa constitucional deben manifestarse las actuaciones judiciales en general, y por supuesto, también las de la Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia. Solo entonces –cubiertas las garantías básicas del debido proceso– cabe el análisis legal de la labor de los juzgadores en materia casacional.

12 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
13 Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección 082-16-SEP-CC*. Sentencia, 16 de marzo de 2016.

El inciso primero del artículo 270 del COGEP determina que corresponde, por sorteo, a uno de los conjueces de la Corte Nacional, resolver sobre la admisibilidad del recurso de casación interpuesto. El conjuez sorteado debe basar su análisis de admisibilidad en el cumplimiento de los requisitos formales previstos en el propio Código Procesal vigente. Pero, para acceder a este derecho derivado de la tutela judicial efectiva es preciso atender a los principios contenidos en el artículo 11 de la Constitución de la República, pues los mismos son pertinentes y aplicables al ejercicio de todos los derechos fundamentales. El numeral tercero de ese artículo es claro al establecer, como principio de aplicación de los derechos, que:

> Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:
> […]
> 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
> **Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.** Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (énfasis añadido)[14].

En consecuencia, los requisitos formales que deben ser analizados por parte del conjuez que recibió la causa, no pueden ser otros que los previstos en el artículo 267 del COGEP:

> Art. 267.- Fundamentación. El escrito de interposición del recurso de casación deberá determinar fundamentada y obligatoriamente lo siguiente:
> 1. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacúe la solicitud de aclaración o ampliación.
> 2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido.
> 3. La determinación de las causales en que se funda.
> 4. La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso señalado de manera clara y precisa y la forma en la que se produjo el vicio que sustenta la causa invocada[15].

De la letra de este artículo se deduce que un análisis de fondo del recurso de casación o la alusión a requisitos (formales o materiales), que no estén taxativamente establecidos en la ley, no es procedente en la fase de admisibilidad. Hacerlo comporta una violación del principio contenido en el numeral 3 del artículo 11 de la Constitución.

14 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
15 Código Orgánico General de Procesos. Artículo 267. Registro Oficial 506 Suplemento de 22 de mayo de 2015.

3.1. Sobre la praxis de la Sala de Conjueces

La Sala de Conjueces de la Corte Nacional se guía por directrices adoptadas en base a su propia labor jurisdiccional. Resta verificar si tales directrices efectivamente se ajustan a su mandato constitucional regulado por las leyes. De acuerdo a la Sala de Conjueces, la admisibilidad de los recursos de casación comporta las siguientes características:

> Corresponde entonces al recurrente, señalar los motivos concretos en los que fundamenta el recurso señalándolos de una manera clara y precisa; además establecerá la forma en que se produjo el vicio, relacionando el yerro denunciado con el caso en base del cual se funda el recurso interpuesto; de ahí que, no se trata de elaborar un alegato, sino de realizar un proceso de presentación lógica de causa y efecto, de cómo se produjo la infracción y cómo esta infracción influyó en la decisión del juzgador. Por consiguiente, la correcta interposición del recurso de casación es fundamental para que el Tribunal de Casación tenga la posibilidad y la obligación de corregir los erróneos criterios de interpretación o aplicación de las normas sustantivas y procesales por parte de los jueces de instancia, en el caso concreto de que incurran en: aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, de normas de derecho de carácter procesal, o de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; o cuando resuelvan sobre lo que no fuera materia del litigio, u omitan de resolver en la sentencia todos los puntos de la litis, o se dé más de lo pedido por las partes; o cuando la sentencia no contuviere los requisitos exigidos por la Ley, o cuando en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles, o cuando no se cumpla con el requisito de motivación; siendo necesario que, el recurrente proporcione al juez de esos insumos necesarios para que el recurso supere el examen de admisibilidad que realizamos las Conjuezas y los Conjueces nacionales, pues esta fase "**constituye un filtro jurídico, en tanto impide que aquellas impugnaciones casacionales, abstractas y sin fundamento jurídico lleguen a fase de sustanciación y resolución**" (Sentencia 091-16-SEP-CC, caso 0210-15-EP) (énfasis añadido)[16].

Ahora bien, el cómo se realizará ese examen, para que la etapa de la admisibilidad cumpla con la función determinada resulta una cuestión sumamente delicada, puesto que la tutela judicial efectiva es un derecho garantizado por la Constitución. Como se adelantaba, parte de este derecho se verifica en el acceso a la justicia, el cual implica la eliminación de trabas y barreras que, de manera ilegítima, impidan que una causa sea sometida a los jueces competentes para una solución definitiva. En este sentido, la misma Norma Fundamental prefija las consecuencias jurídicas que conlleva la violación de la Constitución. El numeral noveno del artículo 11 antes citado, prevé:

> El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

16 Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. *Caso 17510-2017-00204*. Auto de admisibilidad parcial, 19 de octubre de 2017.

> El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.
>
> El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.
>
> **El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso** (énfasis añadido)[17].

Entonces, desechar un recurso de casación incumpliendo el encargo legal expresamente delimitado en la norma procesal aplicable, configuraría la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 75 de la Norma Fundamental. El resultado de tal acto judicial impediría la revisión de fondo por parte de la Sala Especializada de la Corte Nacional, es decir, imposibilitaría la tutela de los derechos procesales del casacionista. Vale traer a colación la explicación derivada de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana:

> Por esto, para determinar la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso de casación se hará referencia estrictamente, al cumplimiento de los presupuestos que describía la Ley de Casación en relación con la constatación de la existencia de los argumentos que expliquen la aplicación indebida, falta de aplicación de la ley o errónea interpretación de normas de derecho. Es decir, que **en ese momento, solo se debe evaluar la concurrencia de dichos presupuestos**.
>
> Por ello, **la argumentación del auto de admisión o inadmisión del recurso se agota en la constatación de los elementos exigidos por la ley y en el estudio formal de los fundamentos en que se apoya el recurso, debiendo estos –los fundamentos–, hacer posible la coexistencia de las exigencias con las causales establecidas en la ley, más no referirse al análisis de materialidad de la pretensión**, lo cual corresponde al estudio de fondo en el que se aceptarán o no las violaciones legales alegadas (énfasis añadido)[18].

La Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia resuelve sobre la admisibilidad de los recursos interpuestos sobre la base de análisis previos de la propia Corporación. Las reglas así desarrolladas no siempre se limitan a la formalidad del recurso de casación. Así, se pueden observar numerosos fallos en los que se describen presupuestos o características según el caso, sin los cuales –ha dicho la Sala de Conjueces–, no puede tramitarse un recurso de casación. Por ejemplo:

17 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

18 Corte Constitucional del Ecuador. *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*. Quito: Secretaría Técnica Jurisprudencial, 2016, p. 147.

> Caso 5: 7.2.1 Al amparo del caso 5, la autoridad recurrente propone contra la sentencia impugnada, cargo por falta de aplicación del art. 17 del Código Tributario y del art. 20 de la Ley de Régimen Tributario Interno. Para el análisis formal de las impugnaciones en las que se invoque el caso 5, es menester considerar la hipótesis normativa: Art. 268.- Casos. El recurso de casación procederá en los siguientes casos: […] 5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto. En consecuencia, para viabilizar este caso se debe: a) Citar el modo de infracción; b) Individualizar la norma sustantiva infringida; c) Fundamentar el cargo; y, d) Explicar el carácter determinante de la presunta infracción en la parte dispositiva de la sentencia. Estos requisitos deben ser desarrollados conforme lo exige la técnica de casación, es decir, de manera específica y pormenorizada. Por tanto, el caso no se fundamenta con la sola presentación de argumentos, sino que estos deben ser confrontados con la sentencia, de manera que quede en evidencia la infracción en la que habría incurrido el tribunal juzgador[19].

Al considerar este extracto de un auto de admisibilidad emitido por un conjuez nacional, bien podría admitirse su acierto: es lógico que si se invoca una causal de casación, esta se encuentre fundamentada jurídicamente por el casacionista. De esta manera se aseguraría que los jueces nacionales logren evidenciar la causalidad entre el vicio de Derecho que se acusa y la consecuencia perniciosa para la parte afectada. No obstante, es preciso atender al objetivo establecido por la ley para la etapa de admisibilidad: verificar el cumplimiento de los requisitos formales del recurso de casación. Cabe entonces dilucidar si la revisión sobre la fundamentación del cargo y la explicación de sus efectos en la parte dispositiva de la sentencia (en relación al caso quinto, para continuar con el ejemplo anterior) constituyen, verdaderamente, requisitos formales.

En el siguiente ejemplo se puede observar cómo la Sala de Conjueces, efectivamente, verifica la presencia de los requisitos formales en el recurso de casación en examen, pero más tarde (a partir del considerando séptimo) da un giro a su análisis para centrarse en la cuestión de fondo, bajo el pretexto de analizar la existencia de la fundamentación:

> SEXTA REQUISITOS FORMALES De acuerdo a lo establecido en el artículo 267 de la ley rectora de la materia, el escrito contentivo del recurso de casación debe cumplir con una serie de requisitos formales para su procedencia: a. Indicación de la sentencia o auto recurrido con individualización de la o del juzgador que dictó la resolución impugnada, del proceso en que se expidió, de las partes procesales y de la fecha en que se perfeccionó la notificación con la sentencia o auto impugnado o con el auto que evacue la solicitud de aclaración o ampliación. **El recurrente indica el fallo con individualización del proceso, las partes procesales, y los juzgadores que dictaron la resolución** […] **b. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido: Las normas que la parte impugnante considera infringidas,**

19 Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia. *Caso 17510-2017-00205*. Auto de admisibilidad, 11 de enero de 2018.

tal como se detalla a continuación son: 1.- De la Constitución de la República: Artículos 75, 76 literal m) y 173. 2.- De la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: Artículos 58, 60, 61, 63 y 70. 3.- Del Código Orgánico General de Procesos: Artículo 306 numeral 1. 4.- Del Código Orgánico de la Función Judicial: Artículo 9 primer párrafo. c. La determinación de las causales en que se funda: El artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos señala taxativamente las causales en las cuales puede fundarse el recurso […] En el presente caso, las causales en las que el recurrente fundamenta su recurso son la causal segunda y quinta del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos. d. Los fundamentos en que se apoya el recurso: **Una vez, que se han examinado los requisitos formales previos, el suscrito Conjuez procederá a realizar la calificación** del recurso conforme lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

SÉPTIMA **ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN** [...] Bajo el supuesto de falta de aplicación de una norma, existe la imperiosa necesidad de que el recurrente indique cuál es la norma que se debía aplicar y en lugar de qué norma debía hacérselo, en consecuencia para que prospere el recurso por este vicio el casacionista tiene la obligación de: (i) señalar las normas que no fueron aplicadas y así mismo las que fueron indebidamente aplicadas en lugar de las primeras; y. (ii) determinar el nexo causal existente entre la violación de las normas y el yerro de falta de aplicación que acusa; y, (iii) indicar cómo esta falta de aplicación fue determinante en la parte dispositiva de la sentencia. En lo medular quien impugna refiere a la falta de aplicación de las siguientes normas: artículos 75, 76 literal m) y 173 de la Constitución de la República del Ecuador, […] el hoy recurrente transcribe el contenido de las mentadas disposiciones que hacen referencia al principio de autotutela y que determinan que la interposición de la revocatoria parcial suspende la ejecución de la decisión impugnada y que cesa definitivamente cuando existe sentencia ejecutoriada que confirma la responsabilidad o cuando en sede administrativa se ha interpuesto recurso alguno y se ha decidido negativamente y no se ha acudido a la sede judicial. **En ese sentido el recurrente aduce el error en cuanto a la selección de la norma, pero de ninguna manera llega a referir las consideraciones jurídicas por las que estima que las mentadas disposiciones legales no eran aplicables al caso concreto, así como tampoco individualiza tan siquiera, las normas sustanciales que fueron indebidamente aplicadas por exclusión de las normas que sí debían haber sido empleadas en el caso en estudio. Y finalmente quien recurre no completa el enunciado de la causal toda vez que tampoco llega a determinar la forma en la que este vicio ha sido determinante en la parte dispositiva de la resolución, para lo cual el impugnante debía arribar a la conclusión que de haberse aplicado las normas que sí debían ser aplicadas, la decisión de la causa hubiese sido sustancialmente diferente**, lo cual no sucedió en el presente caso, en este sentido, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha resuelto en varios fallos señalando que "[…] en el sentido que para que pueda encasillarse un error de juzgamiento en las causales de la Ley de Casación entiéndase el artículo 268 del COGEP el error debe ser determinante en la parte resolutiva de la sentencia, pues si el vicio no tiene relieve en la resolución no procede casar un fallo; y que comparte el criterio doctrinario de que "para fines de casación, el error de derecho debe ser protuberante, como doctrinariamente se exige, "ostensible para el sentido común" […]. **Por los motivos debidamente expuestos en las líneas precedentes, no se**

> **admiten los cargos por este caso** (énfasis añadido)[20].

En el ejemplo anterior es evidente cómo el Conjuez ha trascendido el ámbito de su labor y se ha permitido un análisis del fondo, para determinar que no se ha demostrado la importancia del vicio en la decisión judicial. Al no ser competente para administrar justicia, decisiones como esta por parte de la Sala de Conjueces constituyen un prejuicio que irroga un daño insuperable a los derechos del casacionista.

Al efecto, en primer lugar, la Constitución establece que, para el ejercicio de derechos, no se exigirán más requisitos que los previstos en la ley y en la propia Norma. El acceso a la justicia es un derecho constitucional garantizado en el artículo 75 de la Constitución. Los requisitos del recurso de casación están listados en el artículo 267 del COGEP, y no son otros que los cuatro allí expresados. A la luz de la Constitución, los requisitos formales del recurso de casación no pueden estar contenidos en normas de inferior jerarquía, por prohibición expresa de la misma. Menos aún podría considerarse procedente que tales requisitos, de normas inferiores o que ni siquiera se encuentren positivizadas, sirvan de base para inadmitir un recurso de casación en la etapa de admisibilidad, cuando no corresponde el análisis de fondo del problema jurídico. Sobre este asunto se ha pronunciado en numerosas ocasiones la Corte Constitucional y ha identificado, además, la conexidad entre la violación del derecho a la tutela judicial efectiva que acarrea la inadmisibilidad del recurso de casación en tales condiciones, con otros derechos procesales de rango constitucional:

> La norma legal invocada por los conjueces accionados (artículo 6, numeral 4 de la Ley de Casación) señala que el recurso de casación debe contener "los fundamentos en que se apoye el recurso"; en tal virtud, los conjueces de casación aducen que el recurso interpuesto por el legitimado activo se limita a hacer un análisis general del caso, "sin que el recurrente haya puesto en evidencia las supuestas infracciones cometidas por el Tribunal juzgador", lo que evidencia que la decisión judicial que se ataca en la presente, carece de la debida motivación en los términos que imperativamente exige el artículo 76, numeral 7, literal l de la Carta Suprema de la República, pues **no se invocan normas o principios jurídicos en que se funda su decisión de inadmitir el recurso, ni mucho menos la pertinencia de su aplicación** a los antecedentes de los hechos que originaron la interposición del recurso de casación, **lo que lleva a esta Corte a concluir que el auto de inadmisión de dicho recurso es arbitrario** y, por tanto, violatorio de derechos.
> **Al haberse interpuesto recurso de casación, con sujeción a la normativa pertinente, es obligación de los operadores jurídicos del máximo órgano jurisdiccional admitirlo a trámite, pues con ello se materializa el derecho consagrado en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador**, mediante la cual se impone a toda autoridad, administrativa o judicial, el deber de "garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes", lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues a pretexto de que no han concurrido "los requisitos formales previstos en el artículo 6, número 4 de la Ley de Casación" (lo que no es cierto, pues el recurso sí ha cumplido tal requisito) se le impide a la parte

20 Sala de Conjueces de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. *Causa 17811-2017-00110*. Auto de inadmisión, 8 de noviembre de 2017.

> accionante el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal m de la Carta Magna, esto es "recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos" (énfasis añadido)[21].

En la misma línea de análisis, la Corte Constitucional esclareció la marcada diferencia entre las fases de admisibilidad, sustanciación y resolución del recurso de casación, mismas que no pueden confundirse entre sí. En efecto, tal confusión, según lo comprobó la Corte Constitucional, lesiona derechos fundamentales al privar a las partes de recibir una sentencia motivada por parte del juez competente e imparcial (pues los conjueces no administran justicia[22]):

> [C]abe reiterar que la admisión del recurso de casación constituye una fase inicial que tiene como finalidad permitir la tramitación del mismo mediante el análisis de los requisitos formales del escrito que lo contiene, en tanto que, las fases de sustanciación y resolución tienen por objeto resolver el asunto de fondo del caso. **Con este fin y solo en esta última fase, el juzgador debe confrontar las pretensiones y argumentaciones del recurrente, con el contenido del fallo recurrido. Como producto de dicho ejercicio intelectual, se da la comprobación respecto de si las aseveraciones vertidas en el escrito contentivo del recurso de casación son acertadas; o si, por el contrario, carecen de veracidad o exactitud. Este tipo de argumentación únicamente se puede dar en la sentencia de casación,** cuyo objeto es decidir respecto de la procedencia o no del recurso presentado.
> Conforme a lo expuesto, resulta incoherente que los jueces casacionales, en una misma decisión, hayan abordado el análisis de dos fases distintas del recurso de casación, siendo que las mismas merecen un análisis independiente, y en aquel sentido, **el análisis que requiere cada momento procesal es incompatible entre sí** (énfasis añadido)[23].

Resulta propicio en este momento encuadrar el actuar de la Sala de Conjueces en el más amplio margen constitucional, el cual implica unas obligaciones de hacer y otras de no hacer que difieren bastante con relación al anterior esquema, en el que el formalismo quizá podía anteponerse a los derechos. Luigi Ferrajoli[24] comenta:

> En efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino su-

21 Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección 018-14-SEP-CC*. Sentencia, 22 de enero de 2014.

22 De acuerdo con el artículo 201 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, las competencias de los conjueces de la Corte Nacional no contempla la administración de justicia en nombre del pueblo, salvo en el caso en que se encuentren reemplazando a una jueza o un juez dentro de alguna de las Salas Especializadas de la Corte, por sorteo:

"Art. 201.- FUNCIONES.- A las conjuezas y a los conjueces les corresponde:

1. Reemplazar, por sorteo, a las juezas y jueces en caso de impedimento o ausencia.
2. Calificar, bajo su responsabilidad, la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos que corresponda conocer a la sala a la cual se le asigne e integrar por sorteo el tribunal de tres miembros para conocer y resolver las causas cuando sea recusada la sala por falta de despacho.
3. Organizar los fallos de la sala, seleccionar los precedentes para proporcionarlos a los ponentes de la sala a fin de que los utilicen en sus ponencias, y establecer los casos de triple reiteración a fin de ponerlos a conocimiento del Presidente de la sala para que los eleve hasta el Pleno de la Corte.
4. Ejercer las demás atribuciones que establezca la ley."

Ley Orgánica de la Función Judicial. Artículo 201. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

23 Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección 136-17-SEP-CC*. Sentencia, 10 de mayo de 2017.

24 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Madrid: Trotta, 2009, p. 26.

> jeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma legalidad a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De ello se sigue que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas[25].

Es preciso anotar que los diversos requisitos –o interpretaciones de los requisitos legales– que se han plasmado en los autos de admisión de la Sala de Conjueces, no se han considerado como fallos de triple reiteración, de acuerdo al trámite previsto para el efecto en la Constitución[26]. Por ende, semejantes requisitos considerados por la Sala de Conjueces como elementos indispensables de los recursos de casación no merecen el tratamiento ni causan los mismos efectos que aquellos que la ley impone en forma expresa y mandatoria. No son, por lo tanto, justificaciones válidas para inadmitir los recursos en esta etapa del trámite judicial casacional. El siguiente análisis constitucional de un auto mediante el cual se inadmite un recurso de casación, pone en evidencia la improcedencia de los requisitos prefijados por la Sala de Conjueces que no hallan asidero en la legislación positiva.

> Como se aprecia de la *ratio decidendi* expuesta *ut supra*, el argumento central del conjuez de casación es la no fundamentación del recurso de casación planteado por el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SENAE), así en relación a la causal tercera del artículo tres de la Ley de Casación invocada por el recurrente el conjuez en su análisis expuso que "para viabilizar el recurso por la causal tercera se deben considerar cuatro elementos: a) Identificar el medio de prueba sobre el cual recae la infracción del precepto de valoración probatoria, b) Identificar el precepto de valoración probatorio que se estima infringido, c) Demostrar, con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la trasgresión de la norma o normas de valoración de la prueba, d) Identificar la norma de derecho que ha sido indirectamente infringida en la parte resolutiva de la sentencia, por la trasgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba"; posterior a la enunciación de estos elementos, el conjuez **sin justificar la fuente o los motivos de su requerimiento** y su supuesta inobservancia por parte del recurrente, de manera inmediata arriba a la siguiente conclusión: "De la revisión del recurso se evidencia que el recurrente no fundamenta los cargos de aplicación indebida y falta de aplicación de los preceptos jurídicos a la valoración

---

25 Si bien en el presente texto se enfatiza precisamente la ausencia de ley positiva que establezca los requisitos que emplea la Sala de Conjueces para inadmitir recursos de casación, es útil tener a mano el concepto de formalidad que el actual orden constitucional admite; es decir, que la misma es un medio y por tanto, no puede aplicarse como un objetivo de la administración de justicia, así como lo estatuye el artículo 169 de la Norma Fundamental.

26 El artículo 185 de la Constitución prescribe un mecanismo para que los fallos de triple reiteración se conviertan en jurisprudencia de obligatoria aplicación, salvaguardando el derecho a la seguridad jurídica por medio del mismo.
"Art. 185.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.
En el marco constitucional actual no basta con que un criterio se haya aplicado en tres o más casos por parte de las Salas de la Corte Nacional; es, además, imperativo que el fallo de triple reiteración haya pasado por el trámite definido en esta norma para que surta los efectos de norma de Derecho positivo".

> de la prueba por la causal tercera del art. 3 de la Ley de Casación; por cuanto no se evidencia el respaldo de cada uno de los cargos propuestos (énfasis añadido)[27].

Considérese aquí el escenario carente de seguridad jurídica al que se enfrenta el casacionista. Al momento de redactar el recurso de casación, es imposible conocer las normas que se le aplicarán durante el examen de inadmisibilidad, ya que, en la práctica, adecuar el texto del recurso de casación a la ley no basta. Ciertamente, la presentación de series de requisitos en los autos de inadmisión, como el expuesto en el caso anterior, no es la excepción sino que se ha convertido en la regla, y en una muy poco clara. En efecto, una y otra vez se enumeran ciertas exigencias que los Conjueces consideran al momento de analizar la admisibilidad, pero que no constan en norma alguna sino que aparentemente son producto de su propia labor jurisdiccional. Empero, el artículo 82 de la Constitución es revelador ante estas circunstancias: "El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de **normas jurídicas previas, claras, públicas** y aplicadas por las autoridades competentes"[28] (énfasis añadido). Conforme a este texto, el contraste entre la práctica de la Sala de Conjueces de la Corte Nacional y la Constitución de la República deja a los mencionados operadores de justicia en un auténtico claroscuro.

4. Conclusiones

La Sala de Conjueces de la Corte Nacional de Justicia tiene una delicada misión jurisdiccional: por una parte, está encargada, de acuerdo a la ley, del examen de admisibilidad de los recursos de casación, que por su naturaleza extraordinaria, presenta características específicas que deben ser observadas por parte de los casacionistas, en tanto atacan el principio de cosa juzgada. Pero, por otra parte, la Constitución establece claramente el marco dentro del cual las actuaciones de los operadores de justicia se reputan legítimas, y ello solo puede verificarse cuando se ha respetado cabalmente los derechos fundamentales.

El derecho de acceso a la justicia asigna a sus titulares la posibilidad material de ser oídos oportunamente por parte de los jueces competentes e imparciales que la propia ley designa. Violar este derecho presenta las consecuencias jurídicas que la Norma Fundamental ha previsto para el error judicial y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte Constitucional ha dirimido, en numerosas ocasiones, cuál es el rol que toca a los conjueces de la Corte Nacional en la etapa de admisibilidad del trámite de la casación. En varias sentencias la Corte determinó que extralimitarse en la función de verificar los requisitos formales implica la violación de una serie de derechos

27 Corte Constitucional. *Acción Extraordinaria de Protección 096-17-SEP-CC.* Sentencia, 5 de abril de 2017.
28 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 82. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

fundamentales, tales como la tutela efectiva, la motivación, la seguridad jurídica, entre otros. Además, la Corte reveló las etapas del juicio casacional y las responsabilidades que recaen sobre sus participantes en cada una de ellas, para concluir que las distintas etapas prevén objetivos propios que son incompatibles entre sí.

El examen de admisibilidad debe necesariamente circunscribirse a los requisitos formales previstos en el artículo 267 del COGEP, norma procesal que regula el recurso de casación actualmente. Añadir requisitos distintos de los establecidos en aquella norma implica violar el principio de aplicación de los derechos contenido en el numeral tercero del artículo 11 de la Constitución de la República.

El informe previo sobre indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, una aberración en el Código Orgánico Integral Penal

Danny Torres Vergara
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: datorres@estud.usfq.edu.ec

Rafael Gabela Salvador
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: rafael.gabela@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

Dentro de los veintitrés proyectos de ley reformatorios del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) planteados ante la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, consta la propuesta que planea derogar el último inciso del artículo 581. El inciso final del artículo en cuestión establece lo siguiente: "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado"[1]. El presente artículo busca dilucidar las principales repercusiones jurídicas que supone la supresión del inciso final del artículo 581 del COIP. De igual manera, busca exponer las múltiples incompatibilidades que presentan los delitos de enriquecimiento ilícito, peculado y el informe previo de contraloría como requisito de procedibilidad con los principios fundamentales del Derecho Penal Procesal.

Palabras clave

Reforma Código Orgánico Integral Penal, presupuesto de procedibilidad, informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, Contraloría General del Estado, enriquecimiento ilícito, peculado.

The previous report on indications of criminal responsibility in the crimes of embezzlement and illicit enrichment, an aberration in the Ecuadorian Criminal Code

Abstract

Within the 23 reform bills of the Organic Comprehensive Criminal Code (COIP) submitted to the Justice Committee of the National Assembly, there is a proposal that plans to eliminate the last paragraph of Article 581. The final paragraph of the article in question establishes the following: "[...] For the exercise of criminal action, for the crimes of embezzlement and illicit enrichment, a procedural presupposition is established that there is a prior report on indications of criminal responsibility issued by The Comptroller General of the State". This article seeks to elucidate the main legal implications of the suppression of the final clause of Art. 581 of the COIP. Similarly, seeks to expose the multiple incompatibilities presented by the crimes of illicit enrichment, embezzlement and the previous report of the Government Accountability Office as a requirement of procedure with the fundamental principles of Criminal Procedural Law.

Keywords

Reform bills to the Ecuadorian Penal Code, procedural presupposition, prior report on indications of criminal responsibility, Government Accountability Office, illicit enrichment, embezzlement.

1 COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

1. Introducción

En 1950, Edwin H. Sutherland cambió el panorama del Derecho Penal al publicar su *magnum opus White Collar Crime*, libro que marcó el génesis de un nuevo estudio de la criminología y el derecho penal, al establecer el concepto de crimen de cuello blanco. En dicha obra, Sutherland estableció un nuevo tipo de delincuente que se alejaba mucho de las antiguas percepciones que se tenían sobre el crimen, ya que el delincuente de cuello blanco, a diferencia de la mayoría de los criminales violentos, es un individuo que "acarrea una determinada posición de privilegio en la sociedad, como la de empresario, médico, abogado, **gobernante**, […] o quien lleva una vida de relación que contenga acceso y disponibilidad al poder" (énfasis añadido)[2]. Sutherland contribuyó a edificar la noción de delitos económicos y cómo muchos de estos delitos son cometidos por funcionarios de la administración pública. A raíz de esto, se comenzaron a tipificar una gran cantidad de delitos en contra de la administración pública para combatir la corrupción, pero la tipificación de estos ilícitos ha acarreado críticas en su contra[3], ya que demasiadas veces pecan de violar los principios fundamentales del Derecho Penal sustantivo y procesal.

El COIP es prácticamente nuevo en la legislación ecuatoriana y, desde su incorporación en el año 2014, ha sido sometido a un fuerte análisis por parte de juristas y profesionales de la abogacía, ya que es un cuerpo normativo que contiene disposiciones polémicas fuertemente criticadas por un sinnúmero de razones. Una de las críticas más reiteradas hacia este código, ha sido sobre la incompatibilidad de los delitos económicos y los delitos contra la administración pública con los principios del Derecho Penal. De estos ilícitos, el peculado y el enriquecimiento ilícito presentan particularidades y características que merecen la pena ser analizadas con mayor profundidad.

En la normativa vigente, para iniciar un proceso penal por los delitos de peculado y lavado de activos, es necesario que la Contraloría General del Estado (en adelante, CGE) emita lo que se conoce como un informe previo que contenga los

2 Sutherland, Edwin. *El delito de cuello blanco*. Buenos Aires: B de F, 2009, p. XIV.

3 Haciendo referencia a la imprescriptibilidad de la pena en el delito de peculado, que forma parte de los delitos contra la administración pública, Ernesto Albán ha manifestado como crítica en contra lo siguiente: "Aunque este efecto está previsto en varias legislaciones, se lo ha reservado para delitos de otra naturaleza y de especial gravedad (genocidio y otros delitos contra la humanidad), por lo que este caso es posiblemente el primero en la legislación mundial en que se lo extiende a delitos contra la administración pública. […] De todas maneras hay que admitir que se trata de una norma polémica que, por lo mismo, podría tener un carácter transitorio". Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*. Volumen II. Quito: Ediciones Legales, 2009, p. 133.
Haciendo referencia al riesgo que supone la internalización en la legislación local de los delitos contra la administración pública de políticas criminales internacionales hacía la normativa constitucional de cada país, Diana Arias Holguín ha manifestado como crítica lo siguiente: "Estas políticas, que se gestan en la comunidad internacional, y que pueden poner en riesgo el arsenal de garantías dispuesto en los ordenamientos, tienden a imponerse, ya sea porque dejan poco margen al legislador «nacional» para adaptarlas a las exigencias constitucionales, o porque simplemente este las introduce sin oponer mayor resistencia. Como consecuencia de este condicionamiento, la incorporación de estas normas puede estar inspirada en afanes distintos a los que suelen justificar la producción legislativa en el contexto del Estado de Derecho". Arias Holguín, Diana Patricia. *La internacionalización del Derecho Penal como contexto de la política criminal del "lavado de activos"*. Tesis maestría. Universidad de Cádiz. España, 2008, p. 4.

indicios de responsabilidad penal[4]. Es decir que este tipo de delitos, a diferencia de otros recogidos en el COIP, necesitan de un paso previo, lo que se conoce como prejudicialidad.

Dados los últimos casos de corrupción a lo largo del continente[5] y en Ecuador[6], una nueva reforma para el COIP ha llegado a la Asamblea Nacional, la cual pretende eliminar el último inciso del artículo 581 del COIP. De esta manera la Fiscalía podrá iniciar las investigaciones previas correspondientes a los delitos a los que hace referencia dicho párrafo sin la necesidad de un informe previo. Por lo tanto, el presente artículo busca desarrollar un tratamiento crítico en relación con el alcance de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito; y pretende hacer un análisis sobre la idoneidad del informe previo y las repercusiones jurídicas que acarrea su inclusión como requisito de procedibilidad en el COIP.

2. Requisito de prejudicialidad (procedibilidad)

El COIP establece que el fiscal puede iniciar una investigación de oficio o puede conocer la *notitia criminis,* es decir, la noticia sobre una infracción penal, mediante denuncia, informes de supervisión o providencias judiciales. La doctrina penal ha establecido estas formas tradicionales de conocer la *notitita criminis,* las cuales están normadas en el artículo 581 del COIP. Sin embargo, dicho artículo prescribe, en su último inciso, una forma adicional que establece un requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Dicho inciso versa de la siguiente manera: "Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado"[7].

Este es un claro ejemplo de lo que la doctrina llama prejudicialidad, es decir, que se necesita un paso previo para que la Fiscalía conozca el delito y empiece su investigación. La doctrina lo define como el "cumplimento previo de ciertas condiciones […] que deben ser resueltas previamente y obstaculizan ya sea la iniciación, ya el desenvolvimiento mismo del proceso"[8]. Este acto previo consta en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría, el cual prescribe lo siguiente:

> Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de [sic] los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal[9].

4 *Cfr.* COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

5 *Cfr.* Fernández Calvo, Lourdes. *Corrupción en el Perú: el 71 % cree que aumentó en los últimos cinco años*, 2017. https://elcomercio.pe/peru/71-peruanos-cree-corrupcion-aumento-ultimos-5-anos-noticia-461316 (acceso 17/01/2018).

6 *Cfr.* Echeverría Echeverría, Lolo. *Política y corrupción.* http://www.elcomercio.com/opinion/politica-corrupcion-contraloria-ecuador-opinion.html (acceso 17/01/2018).

7 COIP. Artículo 581. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

8 *Cfr.* Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. México DF: Porrúa, 2001, p. XLI.

9 LOCGE. Artículo 39. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.

Después de la emisión de este informe, la investigación fiscal podrá empezar. Lo que nos indica este artículo es la necesidad de este paso previo, sin el cual el curso del proceso no puede seguir.

Con respecto al delito de enriquecimiento ilícito, en México[10], de forma similar a Ecuador, se determina que, para iniciar la acción penal contra un servidor público, es necesaria la prejudicialidad. La Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos prescribe que es indispensable la declaratoria de la Secretaría de la Función Pública. Sin embargo, si se analiza la legislación comparada de Latinoamérica, se puede observar que, salvo puntuales excepciones, la mayoría de los países que incorporan en su catálogo de delitos al peculado o al enriquecimiento ilícito no prescribe un requisito de prejudicialidad para el ejercicio de la acción penal de dichos ilícitos. Este es el caso de países como Colombia[11], Perú[12], Argentina[13], Uruguay[14] y muchos otros, ya que la Fiscalía puede iniciar sus investigaciones sin el requisito de prejudicialidad a diferencia de lo establecido en la normativa ecuatoriana.

3. Peculado

El peculado ha existido a lo largo de toda la historia de la administración pública, sus primeras apariciones documentadas las podemos observar en Roma, donde emperadores como Nerón, Julio César y Octavio Augusto empezaron a cometer delitos en contra de sus propios ciudadanos. Los *primus inter pares* robaban, saqueaban y sobornaban para poder perpetuarse en el poder[15].

El peculado deriva de la palabra latina *peculatus*, la cual hace referencia a *peculae* que significa dinero o riqueza[16]. Es decir, el robo del dinero del Estado para beneficio propio o de un tercero. En la actualidad, el significado sigue siendo muy similar, salvo que se ha ampliado el tipo penal para que abarque a más sujetos activos.

Tal es la importancia de este delito que la responsabilidad penal de los servidores públicos fue tomada en cuenta en el artículo 233 de la Constitución de la República de 2008 que establece lo siguiente:

> Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos

10 *Cfr.* Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. *Óp. cit.*, p. XLI.
11 *Vid.* Código Penal (Colombia). Artículo 400. Ley 599 de 24 de julio de 2000.
12 *Vid.* Código Penal (Perú). Artículo 387. Decreto Legislativo de 3 de abril de 1991.
13 *Vid.* Código Penal de la Nación de Argentina (Argentina). Artículo 261. Ley 11.179 de 1984.
14 *Vid.* Código Penal (Uruguay). Artículo 153, 155. Decreto 698/967 de 29 de junio de 1934.
15 Cueva Carrión, Luis. *Peculado.* Volumen I. Quito: Cueva Carrión, 2007, p. 20.
16 *Id.,* p. 53.

> a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas[17].

Este artículo pretende que exista una responsabilidad para los servidores públicos, ya sea en el ejercicio de sus funciones o por el manejo indebido de fondos públicos.

En legislaciones vecinas, como la de Colombia, el peculado se divide en tres tipos penales distintos: el peculado de uso, el peculado de aplicación oficial diferente, y el peculado culposo[18]. Los elementos del tipo penal son similares en Ecuador, donde se incluyen los dos primeros tipos antes mencionados y solo se excluye el de peculado culposo.

En el artículo 278 de nuestro código penal el peculado está definido como todo acto realizado por una persona que actuando investido de una potestad estatal abuse, apropie, distraiga o disponga arbitrariamente de bienes estatales para su beneficio personal o para un tercero[19].

3.1. Del sujeto activo y el sujeto pasivo

El sujeto activo de este delito es un sujeto activo cualificado siendo este el funcionario público. Esto está prescrito en el artículo 278 del COIP y no se podrá iniciar una acción penal hacia ningún individuo que no sea funcionario público, ya que solo estos pueden disponer fondos del Estado, siendo el funcionario público el sujeto activo cualificado.

En cuanto a la participación de la persona jurídica en este tipo de ilícitos, el COIP guarda completo silencio, ya que en su artículo 49 dice que "la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito"[20]. Al existir dos responsabilidades distintas no se puede atribuir una distinta a la persona natural o servidor público que realice el hecho.

El sujeto pasivo del delito de peculado es el Estado, ya que se encuentra enmarcado en la sección tercera del COIP acerca de los delitos contra la administración pública. Es necesario aclarar que este delito no es en contra la propiedad, ya que la propiedad no se debe entender como los bienes que le pertenecen al Estado. Si

17 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 233. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

18 En Ecuador, el artículo 27 del COIP manifiesta que las conductas culposas solo van a poder ser punibles cuando se encuentren tipificadas en el catálogo de delitos ecuatoriano. Esto excluye totalmente la posibilidad de existir un tipo de peculado culposo en Ecuador. *Vid.* Código Penal (Colombia). Artículos 398, 399 y 400. Ley 599 de 24 de julio de 2000.

19 *Cfr.* COIP. Artículo 278. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

20 COIP. Artículo 49. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

la persona comete un delito que esté fuera de estos preceptos jurídicos debe ser excluido del tipo penal[21].

3.2. Bien jurídico protegido y verbo rector

El bien jurídico que se quiere llegar a proteger, como lo propone Giuseppe Maggiore, es "la probidad y fidelidad del funcionario público […] pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública"[22]. Es decir, con la afectación a la probidad y fidelidad del funcionario público, se genera una vulneración en la confianza que tienen los administrados frente a la administración pública y cómo esta destina sus fondos.

En este delito existen tres verbos rectores, los cuales son: apropie, distraiga o disponga. En primer lugar, la persona se apropia de los bienes del Estado, cuando estos entran en su patrimonio de una manera arbitraria e ilegal. En segundo lugar, la persona que distraiga, quiere decir según la Real Academia de la Lengua Española, "malversar fondos, defraudarlos"[23]. Lo que significa gastar los fondos destinados para un determinado fin estatal con ánimo de beneficiar el interés económico propio o de otras personas. En tercer lugar, la persona que disponga, es decir que determine qué hacer con los fondos públicos.

4. Enriquecimiento ilícito

A diferencia del peculado, los orígenes del enriquecimiento ilícito como tipo penal no se remontan a Roma o a alguna antigua civilización, ya que es un delito relativamente nuevo, pese a que está intrínsecamente relacionado con la corrupción, fenómeno que es tan antiguo como la humanidad misma. Los antecedentes históricos de la figura en estudio hacen constatar que, en la mayoría de las legislaciones, se lo ha tratado como una sanción administrativa bajo leyes que regulaban y sancionaban las actividades de los funcionarios públicos, más no se puede comprobar que haya recibido un tratamiento como un delito particular[24]. Tanto es así que antes, a este delito, no se lo conocía como enriquecimiento ilícito, sino como "enriquecimiento inexplicable"[25].

Cabe resaltar que este tipo penal es un invento sudamericano, ya que no existe en ningún país de Europa Occidental ni en país con orígenes de derecho anglosajón[26]. La razón que da el jurista Cárdenas Rioseco para explicar este fenómeno es que, en estos países, "las conductas ilícitas de los funcionarios públicos se encuentran suficientemente reguladas en las figuras de peculado, cohecho, prevaricato,

21 *Cfr.* Cueva Carrión, Luis. *Peculado. Óp. cit.,* pp. 83-85.
22 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial.* Volumen III. Bogotá: Temis, 2000, p. 162.
23 Real Academia de la Lengua Española. Diccionario Panahispánico de Dudas. *Distraer*. http://lema.rae.es/dpd/srv/search?key=base (acceso: 22/02/2018).
24 Cárdenas Rioseco, Raúl. *Enriquecimiento ilícito*. *Óp. cit*., p. xl-xli.
25 *Ibíd.*
26 *Ibíd.*

tráfico de influencias, etc"[27]. Dentro de los países latinoamericanos, Argentina es la nación que se adjudica la creación de este delito mediante su Ley 16648 que fue incorporada en su Código Penal en 1964; aunque, en India, se aprobó en ese mismo año el ilícito en cuestión. El objetivo de la tipificación de este delito es combatir la corrupción y el crimen organizado, dos fenómenos que acarrean consecuencias nefastas a escala nacional e internacional. En Ecuador, el artículo 279 del COIP prescribe este delito en los términos siguientes:

> Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.
> Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.
> Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.
> Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años[28].

4.1. Del sujeto activo y el sujeto pasivo

La norma penal es clara y precisa al indicar que "las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado"[29], por lo que se evidencia que el sujeto activo de este tipo delictivo es siempre una persona que desempeña un cargo público en una de las diferentes instituciones estatales. Es decir, es un sujeto activo cualificado.

Al respecto del sujeto activo de este delito en particular y de forma general a todos los delitos que atentan contra la administración pública, Albán Gómez manifiesta lo siguiente:

> Sea cual fuere la terminología empleada para calificar al sujeto activo de estas infracciones, debe entenderse que se refiere a personas que desempeñan alguna función en una institución del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución; sea que la actividad desarrollada corresponda a una atribución propia de la potestad estatal o de las asumidas por el Estado[30].

Al igual que en el delito de peculado, el Estado es el sujeto pasivo frente a este tipo de ilícito y según lo establecido por Albán Gómez:

27 *Ibíd.*
28 COIP. Artículo 279. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
29 *Eiusdem.*
30 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 124.

> [E]n principio, el Estado es en estos delitos el sujeto pasivo; pero no considerado como el ente jurídico-político, titular de la soberanía [...] sino en su fase administrativa, es decir en el desarrollo de las actividades dirigidas a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y en las relaciones con estos. Se trata, por lo tanto, de conductas, que lesionan la regularidad funcional, la buena marcha y la corrección en las actividades de las instituciones del Estado[31].

4.3. Del bien jurídico protegido y el verbo rector

Por la sección en la que se encuentra el tipo penal en cuestión se puede concluir que el bien jurídico protegido es la administración pública. En el enriquecimiento ilícito, al igual que en el caso del peculado, la afectación al bien jurídico va más allá, debido a que atenta contra la confianza y respeto hacia la función pública. Como mencionamos anteriormente, este ilícito provoca el quebrantamiento de la confianza que los administrados tienen sobre la administración pública y su probidad respecto al manejo los fondos estatales[32].

Aquí surge un problema en cuanto al verbo rector del enriquecimiento ilícito, ya que en la forma en la que está redactado en el COIP, este no describe una conducta sino un hecho. No hay una acción en sí, solo existe la mera descripción de un hecho, debido a que el artículo determina que únicamente basta con que se presente "un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta"[33]. Esto alza una serie de problemáticas de orden jurídico que se analizaran más a fondo con posterioridad en este artículo.

5. Criterios de la Corte Nacional de Justicia

Debido a una serie de fallos de casación contradictorios expedidos por la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Suprema de Justicia, en el año 2008 la CGE solicitó que se expidiera una resolución para que no se considere al informe de contraloría como un requisito de procedibilidad[34]. Ello debido a que la CGE y el Ministerio Público (hoy Fiscalía) consideraban que ambos organismos deben gozar de facultades suficientes para actuar con independencia en razón de sus funciones. Es así que la CGE expresó lo siguiente en su petición:

> Con oficio No. 15790- DPRC de 19 de junio de 2008, cuya copia adjunto, este organismo de control expuso al doctor Roberto Gómez Mera, Presidente en funciones a esa fecha de la Ex Corte Suprema de Justicia, que la Contraloría General del Estado ha sido notificada con algunos fallos expedidos por la Segunda Sala de dicha Corte, respecto de recursos de casación interpuestos, casando sentencias, bajo los argumentos recurrentes, –considerandos de oficio por parte de la Sala–, en cuanto a que constituye un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la

31 *Id.,* p. 119.
32 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte Especial. Óp. cit.*, p. 162.
33 COIP. Artículo 279. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
34 Corte Nacional de Justicia. Oficio 24237 DPRCDP, 28 de diciembre de 2009.

> acción penal, la declaración de la Contraloría General del Estado respecto de la existencia de indicios de responsabilidad penal; antecedentes sobre la base de los cuales, y con fundamento en el Art. 197 de la Constitución Política vigente en ese entonces, se solicitó que el Pleno de la Ex Corte Suprema de Justicia expidiera una resolución obligatoria que dirima a favor de este organismo y del Ministerio Público (hoy Fiscalía), las facultades para actuar con independencia, de manera coordinada eso sí, pero sin considerar como requisito de procedencia para el enjuiciamiento penal, la existencia de un informe con indicios de responsabilidad penal que, a nuestro criterio no lo exige la disposición constitucional citada como supuesto fundamento[35].

Se puede observar la voluntad de la CGE de no intervenir en el ejercicio de la facultad del accionar penal y de la investigación de la Fiscalía, ya que al solicitar que la Corte dirima a su favor, esta última tendría autorización para que, sin perjuicio del requisito de procedibilidad, se inicie la instrucción fiscal. La Corte hizo caso omiso a la consulta realizada por la CGE y dio paso a una resolución, que, ante todo, ha generado varias controversias.

En el año 2010, con el antiguo Código Penal todavía en vigencia, surgió de nuevo la inquietud por parte de Fiscalía y de la CGE sobre si el informe previo de Contraloría era un requisito de procedibilidad para el inicio de la acción penal en contra del ilícito. La consulta fue elevada al Pleno de la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ) la cual, en su resolución del 19 de marzo de 2010, la Corte determinó que:

> Art. 1.- **Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal**, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de este, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del enriquecimiento ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 260 de 29 de agosto de 1985, **se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal**.
>
> Art. 2.- **Para el inicio de la indagación previa**, **no se requiere el informe expresado en el artículo anterior**, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento. por cualquier medio. hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos. así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, da lugar al inicio de la instrucción fiscal[36].

Mediante esta resolución, la CNJ decreta que, aunque el informe de contraloría no es un requisito para iniciar la etapa de indagación previa, este sí es un requisito fundamental para iniciar la instrucción fiscal, es decir, accionar el proceso penal.

35 *Ibíd.*
36 CNJ. Pleno de la Corte. Artículo 1,2. Registro Oficial 154 de 19 de marzo de 2010.

Con este pronunciamiento, la CNJ despoja a la Fiscalía de una de sus facultades vitales y tradicionales, la persecución exclusiva de los ilícitos. Aquí es donde surge el problema en cuestión, ¿es esta una limitante necesaria y justificada o es una externalización válida de las facultades de la CGE? Este es un problema que, procesalmente hablando, entorpece el accionar del aparato punitivo del Estado. Ello en razón de que establece pasos previos que no son necesarios para el ejercicio de la facultad de investigación del fiscal.

En la actualidad, dentro del proyecto de reforma al COIP[37], la Asamblea Nacional discute acerca de la supresión del último párrafo del artículo 581, el cual elimina el informe previo como requisito de procedibilidad. Como ya se ha mencionado a lo largo de esta investigación, en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, la Fiscalía no está atada de manos, ya que no se requiere de este tipo de formalidades sustanciales para la persecución de los ilícitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Pero esta posición del Ecuador frente al informe previo no carece de fundamento. Para entender su proceder, nos tenemos que remitir a analizar las facultades de la CGE prescritas en el artículo 76 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (en adelante, LOCGE):

> Art. 76.- Las instituciones del Estado y sus servidores, así como los personeros representantes de las personas jurídicas de derecho privado sometidas al control de la Contraloría General del Estado, en los términos previstos en la presente Ley, están obligadas a proporcionar a esta, exclusivamente para fines del examen de auditoría, información sobre las operaciones o transacciones cuando les sean requeridas por escrito[38].

Cabe destacar que la presunción de legalidad de los actos administrativos es uno de los principios fundamentales del derecho administrativo, y sobre esta premisa se sienta el principal argumento para sustentar la validez y legitimidad del informe previo como facultad de la CGE según lo establecido por el Art. 39 de la Ley Orgánica de dicho órgano. A pesar de que puede que el informe previo tenga un sustento desde el punto de vista administrativo, no puede ponerse un limitante en las facultades de la Fiscalía de persecución de un delito[39].

6. Problemas del informe previo de Contraloría y la inconstitucionalidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito

Como mencionamos anteriormente, el informe previo de Contraloría es un requisito de prejudicialidad que afecta directamente a las potestades procesales de la Fiscalía consagradas en el artículo 195 de la Constitución:

37 *Cfr.* Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al COIP. Artículo 16. 10 de enero de 2017.
38 LOCGE. Artículo 76. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.
39 *Cfr.* COIP. Artículo 444. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.

> Art. 195.- **La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal;** durante el proceso ejercerá la acción púbica con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley (énfasis añadido)[40].

Este requisito previo denota una violación a lo que llamamos independencia del poder judicial "ya que la administración de justicia no está en la libertad de conocer y tramitar un proceso para juzgar el peculado [y enriquecimiento ilícito] si el órgano administrativo, no […] determina indicios de responsabilidad penal en su informe"[41].

Este informe previo adicionalmente presenta varias incongruencias tales como, según lo establecido por parte de CGE, la facultad de pronunciarse caduca en siete años, tal como lo señala el artículo 71 de la LOCGE:

> Art. 71: La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos[42].

Por otro lado, estos delitos son imprescriptibles según el COIP, lo cual pone en manifiesto esta antinomia entre los dos cuerpos legales. Esto significa que, si el informe previo caduca habría impunidad frente a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, ya que dichos delitos no serían perseguibles por parte de Fiscalía debido a la necesidad informe previo como requisito de procedibilidad. En cuanto a la imprescriptibilidad de estos delitos, Albán Gómez concluye lo siguiente:

> Aunque este efecto está previsto en varias legislaciones, se lo ha reservado para delitos de otra naturaleza y de especial gravedad (genocidio y otros delitos contra la humanidad), por lo que este caso es posiblemente el primero en la legislación mundial en que se lo extiende a delitos contra la administración pública[43].

El juicio en contra de Jorge Glas, quien fue vicepresidente del gobierno de Rafael Correa y de Lenín Moreno, es un caso que ejemplifica cómo el informe previo es un obstáculo en el momento de perseguir estos tipos delictivos. En dicho proceso, al exvicepresidente de la República no se lo pudo perseguir por los delitos de peculado o enriquecimiento ilícito ya que se requería el requisito de prejudi-

40 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 195. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

41 King, Richard. *Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculad*o. Tesis maestría. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2017, p.49.

42 LOCGE. Artículo 31. Registro Oficial 595 de 12 de octubre de 2002.

43 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 133.

cialidad del informe previo de Contraloría para iniciar el proceso penal por dichos delitos. La razón implícita de que esto haya ocurrido fue que el excontralor general, Carlos Pólit, quien, atendido por razones políticas, no presentó indicios de responsabilidad sobre el antiguo servidor público y, por ende, solo se pudo perseguir a Jorge Glas por el delito de asociación ilícita cuya pena, de máximo de seis años, es menor que el de enriquecimiento ilícito o peculado[44]. Por esta razón, el fiscal, Carlos Baca Mancheno, propuso la supresión del informe previo de Contraloría ante el pleno de la Asamblea Nacional.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la calidad del informe previo de contraloría, en el cual se deben presentar los indicios de responsabilidad penal, en materia probatoria, causaría una gran dificultad al momento de ser valorada, porque es, como ya se mencionó previamente, tan solo un indicio. Esto llevaría a pensar que, si el informe tan solo muestra indicios de responsabilidad administrativa o civil, este informe no permitiría a la Fiscalía empezar el proceso penal, porque únicamente con un pronunciamiento positivo de indicios responsabilidad penal se moverían los engranajes del sistema acusatorio.

Hay consideraciones adicionales que vale la pena mencionar sobre dicho informe. Por ejemplo, la CGE puede presentar el informe con claros indicios de responsabilidad penal, pero esto no significa que el fiscal no pueda retirar los cargos una vez finalizada la instrucción fiscal. De igual manera, un juez puede considerar que dicho informe no es suficiente para condenar al procesado. Por lo que, ¿si el fiscal puede abstenerse de presentar cargos y el juez puede fallar a favor del procesado en estos delitos, por qué el informe previo es un requisito indispensable para que el fiscal inicie la instrucción fiscal? La procedencia del informe previo es totalmente ilógica, ya que es un simple acto administrativo que no es garantía de condena penal del acusado, pero si es un requisito sustancial para iniciar el proceso penal y es un limitante a las facultades de investigación de la Fiscalía. En otras palabras, la CGE puede emitir un informe con indicios y aun así el fiscal mantiene la potestad de abstenerse de seguir con el proceso penal, o si decide formular cargos en la respectiva audiencia, aún el juez puede desestimar el informe de la CGE como un elemento de convicción para absolver al funcionario público basando su fallo en el derecho y la sana crítica.

6.1 Problemas de constitucionalidad del enriquecimiento ilícito y el peculado

Entre los dos delitos que necesitan el informe previo como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, el enriquecimiento ilícito es el que genera mayores dudas acerca de su constitucionalidad. La tipificación de este de-

44 *Cfr.* CNJ. Sala de lo Penal. *Causa 00222.* Sentencia, 23 de enero 2018.

lito ha sido duramente criticada por varios tratadistas y juristas del derecho tales como Pavón Vasconcelos, Díaz Aranda, Díaz de León, Inchausti y Mikkelsen-Löth[45], al igual que varios tribunales constitucionales del resto de América Latina.

Las críticas se deben principalmente a que la forma en la cual está construido este tipo penal, ya que provoca "la inversión de la carga de la prueba, violación al principio de presunción de inocencia, violación del principio de que nadie puede declarar en su contra y violación con el principio acusatorio del derecho penal"[46]. En palabras de Cárdenas Rioseco:

> [E]n el delito de enriquecimiento ilícito no se define una conducta, sino solo un resultado y que la definición no es clara ni precisa, asimismo, [...] es un delito de sospecha, que rompe el principio de legalidad, invierte la carga de la prueba, rompe el principio acusatorio, viola la presunción de inocencia y el principio que nadie está obligado a declarar en su contra[47].

Este delito aún sigue generando controversia en la actualidad, y ha surgido un debate sobre su idoneidad y su posible futura incorporación en la normativa penal en países que no contemplan actualmente este delito en su legislación. Por ejemplo, este es el caso de España que, como señala Blanco Cordero:

> La corrupción rampante en España y la insuficiencia de los recursos penales existentes para luchar eficazmente contra la misma han motivado la solicitud insistente desde determinadas fuerzas políticas de incluir en el Código Penal español el delito de enriquecimiento ilícito. Son diversas las propuestas de los Grupos parlamentarios si bien la que más ha progresado en el ámbito parlamentario es la del Grupo Parlamentario de Ciudadanos, que presentó en septiembre de 2016 ante el Congreso de los diputados una Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes que incorporaba dicho delito[48].

Al momento de analizar la constitucionalidad y congruencia de estos delitos con los principios rectores del Derecho Penal procesal, uno de los problemas principales que presentan estos delitos es el juzgamiento en ausencia. Respecto al juzgamiento en ausencia Albán Gómez expone lo siguiente:

> Esta posibilidad que indudablemente linda peligrosamente con la vulneración del derecho a la defensa y que es única en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano,

45 Sobre las críticas a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, *vid.* Pavón Vasconcelos, Francisco. *Diccionario de Derecho Penal.* México. Porrúa, 1999, p. 430; Díaz Aranda, Enrique. *Enriquecimiento ilícito.* México: Cárdenas Editor, 1999; Díaz de León, Marco. *Código Penal Federal con comentarios.* México: Porrúa, 1998, p. 383; Inchausti, Miguel. *Enriquecimiento ilícito de funcionarios.* Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994; y, Mikkelsen-Löth, Jorge Federico. *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico- penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública.* Buenos Aires: La Ley, 2001.

46 Blanco Cordero, Isidoro. *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*, 2017. http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-16.pdf (acceso: 19/02/2018).

47 Cárdenas Rioseco, Raúl F. *Enriquecimiento ilícito. Óp. cit.*, p. xl- xli.

48 Blanco Cordero, Isidoro. *El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos*. *Óp. Cit.,* p. 14

> reitera la gran preocupación social que la repetida comisión de estos delitos ha causado, con la comprobación adicional de que, en muchos casos, los más graves, han quedado en la impunidad[49].

Así se puede observar que el juzgamiento en ausencia, particularidad que es propia solo del Derecho ecuatoriano, rompe con el principio de contradicción y de inmediación según lo establecido en el artículo 5 numeral 13 y 17 del COIP[50].

7. Conclusiones

A lo largo de este artículo, se ha expuesto la incompatibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito con los principios rectores del derecho penal y sus múltiples connotaciones perjudiciales a los derechos del acusado, ya que, son delitos que por la forma que están prescritos en el código rompen con el principio de contradicción e inmediación al establecer el juzgamiento en ausencia, destruyen la presunción de inocencia, invierten la carga de la prueba, se desligan del principio de legalidad, quebrantan el principio acusatorio y el principio de que nadie está obligado a declarar en su contra[51]. Asimismo, el informe previo constituye un atentado contra los principios rectores del derecho penal, por lo mismo es un hecho indiscutible que dicho informe establece un obstáculo innecesario en relación con las potestades de investigación y ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal.

Tanto la CGE como la Fiscalía sostenían que ambas entidades debían gozar de independencia y autonomía. Las dos consideraban que el informe previo constituía una vulneración de las potestades de Fiscalía, y una extralimitación a los poderes de Contraloría establecidos en la Constitución. A consecuencia de esto, los dos organismos remitieron una petición al pleno de la CSJ remitiendo sus inquietudes y posiciones frente a este tema. Sin embargo, la CSJ expidió una resolución la cual sostenía que era fundamental el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, en contraposición de lo peticionado por los organismos previamente mencionados. De esta forma, el informe previo fue incluido en el COIP en 2014 y ha sido el germen de la actual problemática en cuestión.

Este artículo también indicó la clara antinomia que genera el tratamiento jurídico presente en las normativas del COIP y de la LOCGE respecto al informe previo, ya que, por un lado, el COIP establece la imprescriptibilidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito y, por su parte, LOCGE prescribe que los informes de Contraloría caducan a los siete años.

49 Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Óp. cit.*, p. 134.
50 *Cfr.* COIP. Artículo 7. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
51 Cárdenas Rioseco, Raúl F. *Enriquecimiento ilícito. Óp. cit.*, p. xl - xli.

A pesar de la necesidad imperante que existe en la sociedad ecuatoriana de perseguir y no dejar impune los actos de corrupción, la inclusión de tipos penales deficientes que vulneran los principios rectores del derecho penal y las garantías y derechos de los acusados no es una solución idónea ni deseable. La tipificación de estos delitos y de sus requisitos de procedibilidad debe de ser diseñada de una manera exacta y minuciosa que esté acorde con los principios del Derecho y no coarte las potestades de los órganos judiciales. Por lo tanto, a pesar de que no soluciona todas las deficiencias de estos tipos penales, la eliminación del inciso final del artículo 581 del COIP es un paso en la dirección correcta.

D. Martos/CICR Junín, Perú

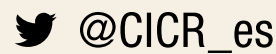
PRINCIPALES ACTIVIDADES DE LA DELEGACIÓN REGIONAL DEL COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (CICR) PARA PERÚ, BOLIVIA Y ECUADOR:

- **Difusión del derecho internacional humanitario y las normas internacionales sobre uso de la fuerza en otras situaciones de violencia, y apoyo para su implementación.**
- **Apoyo estructural al sistema penitenciario.**
- **Restablecimiento del contacto entre familiares.**
- **Difusión de los estándares para la protección del personal, los bienes y el transporte sanitario en situaciones de riesgo.**
- **Monitoreo de las necesidades humanitarias de los migrantes y refugiados.**
- **Apoyo al sistema de búsqueda de personas desaparecidas y las necesidades de sus familiares.**

Para mayor información:

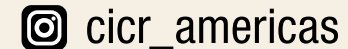


ICRCespanol



@CICR_es

cicr_americas



www.cicr.org/es



CICR

Consecuencias del ataque de Estados Unidos a una base militar Siria para la determinación de la naturaleza del conflicto armado sirio

Roberto Eguiguren
Universidad San Francisco de Quito USFQ, graduado del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: robertoeguiguren@gmail.com

Karla Lasso
Universidad San Francisco de Quito USFQ, graduada del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: karlalassoc@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen
Cada vez con mayor frecuencia, los conflictos modernos presentan un nivel de complejidad diferente a los conflictos tradicionales. Esta complejidad se evidencia principalmente a través de dos características: las desproporcionadas consecuencias humanitarias y la constante internacionalización de los conflictos internos a través del involucramiento de Estados y grupos armados externos. En este sentido, el conflicto en Siria no ha sido la excepción, puesto que lo que originalmente nació como un conflicto armado no internacional entre el Estado y grupos armados, ha evolucionado a través del involucramiento de una multiplicidad de actores externos tanto en apoyo del régimen sirio como de los grupos rebeldes. La evolución reciente del conflicto en Siria sigue este patrón al confirmarse tanto el uso de armas químicas contra la población civil como el involucramiento de Estados Unidos a través de una operación militar contra infraestructura militar siria. Cabe analizar entonces las implicaciones de dichos sucesos para el Derecho Internacional Humanitario, particularmente, sus consecuencias para la determinación de la naturaleza de los conflictos que se desarrollan en Siria y sobre la base de esto, las normas que serían aplicables a los mismos.

Palabras clave
Armas químicas, conflicto sirio, uso de la fuerza, conflictos armados no internacionales, internacionalización, conflicto armado internacional.

Consequences of the US attack on a Syrian military base for determining the nature of the Syrian armed conflict

Abstract
Increasingly, modern conflicts present a different level of complexity than traditional ones. This complexity is evidenced mainly through two characteristics: the disproportionate humanitarian consequences and the constant internationalization of internal conflicts through the involvement of States and external armed groups. In this sense, the conflict in Syria has not been the exception, since what was originally born as a non-international armed conflict between the State and armed groups, has evolved through the involvement of a multiplicity of external actors in support of the Syrian regime and the rebel groups. The recent events in the conflict follows this pattern as it has been confirmed that chemical weapons have been used against the civilian population and the involvement of the United States through a military operation against Syrian military infrastructure. The implications of such events for international humanitarian law ought to be analyzed, particularly, regarding its consequences for determining the nature of the conflicts that develop in Syria and based on this, the rules that would be applicable to them.

Keywords
Chemical weapons, Syrian conflict, use of force, non-international conflicts, internationalized conflict, international armed conflicts.

1. Introducción

El conflicto armado que está ocurriendo en la República Siria ha cumplido ya siete años de enfrentamientos constantes. La magnitud del conflicto es tal que ha logrado desplazar de sus hogares a alrededor de 5 031 622 millones de personas que han sido forzadas a buscar protección internacional[1]. El origen del conflicto se remonta a las protestas pacíficas en que se exigían reformas democráticas y derechos fundamentales al régimen de Bashar al Assad. La brutal represión en respuesta a las protestas en muy poco tiempo desencadenó en una serie de enfrentamientos entre la población civil y el ejército sirio, el conflicto escaló rápidamente a través del involucramiento de una multiplicidad de actores no estatales y estatales que han convertido al conflicto en uno de los más complejos e inextricables de la actualidad[2].

Una de las características más atroces de este conflicto ha sido y es el uso de armas químicas por parte del gobierno sirio a través de ataques dirigidos en su gran mayoría contra la población civil[3]. Si bien estos ataques habían cesado en 2015, la Comisión de Investigación de Hechos de la Organización para la Prohibición de Armas Químicas, confirmó que civiles estuvieron expuestos al gas sarín, el 4 de abril de 2017, en el área de Khan Shaykhun, provincia de Idlib en la República Árabe de Siria[4]. Este incidente generó una respuesta militar de Estados Unidos (en adelante, EE. UU) mediante el bombardeo a la base aérea de Shagrat, propiedad del gobierno sirio[5].

Los últimos acontecimientos en el conflicto plantean un número de interrogantes para el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) que se pretende abordar en el presente trabajo, en particular, las siguientes: (i) la legitimidad del uso de la fuerza por parte de EE. UU. y, (ii) qué consecuencias tiene la respuesta militar de EE. UU. para la determinación de la naturaleza de los diversos conflictos que se están librando simultáneamente en el territorio sirio. Para ello, la primera parte del presente trabajo examinará las violaciones al DIH causadas por el uso de armas químicas y la legalidad del ataque de EE. UU. a la luz del *ius ad bellum.* La segunda parte del presente trabajo intentará determinar la naturaleza del conflicto sirio y para ello analizará, en primer lugar, las partes que conforman

1 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. *Syria Regional Refugee Response*. http://data.unhcr.org/syrianrefugees/regional.php (acceso: 20/04/2017).

2 Reyes, Michelle. "La situación en Siria de cara al derecho internacional. Una historia de desafíos políticos, jurídicos, y humanos." *Revista de la Facultad de Derecho PUCP* 73 (2014), p.207; Pagliari, Arturo. "Derecho Internacional Público: funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los Estados". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional IV* (2004), p. 467.

3 Respecto a la evidencia que demuestra que los ataques se han dirigido intencionalmente contra la población civil, *vid.* Rodríguez-Llanes, José, *et al.* "Epidemiological findings of major chemical attacks in the Syrian war are consistent with civilian targeting: a short report". *Conflict and Health 12.1 (2018): 16.*

4 Dado que el mandato de la Fact Finding Mission se limita a determinar si en Siria se han utilizado armas químicas o productos químicos tóxicos como armas, el mismo no incluye la identificación de quién es responsable de los presuntos ataques. *Vid.* UN Security Council, *Seventh report of the Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons-United Nations Joint Investigative Mechanism* (S/2017/904).

5 US Department of Defense. *Statement from Pentagon Spokesman Capt. Jeff Davis on U.S. strike in Syria, Press Operations*. https://www.defense.gov/News/statement-from-pentagon-spokesman-capt-jeff-davis-on-us-strike-in-syria/ (acceso: 15/04/2017).

el conflicto que se desarrolla en Siria, la naturaleza del conflicto antes del ataque de EE. UU. y si dicho ataque modifica la naturaleza de este.

2. La respuesta militar de EE. UU.: ¿uso legítimo o ilegítimo de la fuerza?

Antes de analizar los efectos que el ataque de EE. UU. puede tener para la determinación del conflicto sirio, es necesario hacer una breve referencia al contexto en el cual se dio dicho ataque, para así poder entender las consecuencias que el mismo puede tener para el desarrollo futuro del conflicto.

El ataque militar de EE. UU. se justificó como una respuesta al uso de armas químicas por parte del régimen de Al Assad contra la población civil siria. Vale puntualizar entonces que efectivamente, el uso de armas químicas se encuentra prohibido dentro del DIH desde los inicios de esta rama del Derecho Internacional[6]. En el desarrollo contemporáneo del DIH, el instrumento que establece la prohibición absoluta de estas armas es la Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas de 1993, en vigor para Siria desde el año 2013. Dicha convención prescribe la prohibición absoluta del uso, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento, retención y transferencia de cualquier tipo de arma química[7]. La prohibición del uso de armas químicas en un conflicto armado ha alcanzado también el estatus de norma consuetudinaria aplicable tanto a conflictos armados internacionales como a conflictos armados no internacionales (en adelante, CANI)[8].

Por lo tanto, el ataque a civiles con gas sarín realizado el 4 de abril de 2017 por parte del gobierno sirio es una flagrante y grave violación del DIH, no cabe duda al respecto. Sin embargo, desde un punto de vista legal, la respuesta militar de EE. UU. es al menos problemática, puesto que difícilmente se puede decir que cumple los supuestos para que un Estado use fuerza contra otro. La legitimidad o justicia de dicho ataque no son materia del presente trabajo, por lo que, en esta sección únicamente se intentará dilucidar si ese ataque cumple los requisitos del Derecho Internacional para que el uso de la fuerza por parte de un Estado sea lícito.

Después del ataque químico supuestamente perpetrado por fuerzas del ejército sirio la madrugada del viernes 7 de abril de 2017, las fuerzas militares de Estados Unidos decidieron responder mediante el uso de un total de cincuenta misiles de

6 El primer documento en prohibir este tipo de armas fue el Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, suscrito en Ginebra el 17 de junio de 1925. El protocolo en mención tuvo un alcance limitado y parcial, ya que su prohibición es únicamente relativa al uso durante la guerra y no establece una prohibición absoluta relativa a la investigación, desarrollo y almacenamiento de armas químicas. *vid.* Calderón, Felipe. "La Conferencia de París sobre armas químicas y el Protocolo 1925." *Política exterior* IV/5 (1989).

7 Melzer, Nicolas. "New IHL handbook." *International Review of the Red Cross* 98 (1), 353 (2016) p. 128.

8 *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. The Prosecutor v. Dusko Tadić, Appeals Chamber's (Judgment), Case IT-94-A*. Sentencia, 15 de julio de 1999. Al respecto, *vid.* Henckaerts, Jean Marie, y Doswald-Beck, Louise. *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, p. 350.

crucero Tomahawk desde dos de sus buques ubicados en el Mediterráneo contra la base aérea de Shayrat, en la ciudad siria de Homs[9]. Este ataque fue ordenado por el presidente de Estados Unidos, Donald Trump, quien mencionó que fue en respuesta al ataque químico lanzado por Bashar al Assad. En esta línea, mencionó que "no hay duda de que Siria usó armas químicas prohibidas, violó sus obligaciones bajo la Convención de Armas Químicas e ignoró las demandas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas"[10].

Tras este acontecimiento, para determinar sus implicaciones, es necesario primero definir cuándo se puede categorizar un ataque como 'uso legítimo de la fuerza'. A pesar de que el uso de la fuerza se regula desde hace mucho antes de la codificación de la Carta de Naciones Unidas (en adelante, Carta), este documento viene a ser uno de los más relevantes en la rama del Derecho Internacional Público pues establece los parámetros y lineamientos bajo los cuales deberían actuar los Estados parte. Con respecto a la aplicación de la Carta, el respeto de sus disposiciones no solo parte de la ratificación de los Estados ya que muchas de sus normas son consuetudinarias. Por ejemplo, al analizar el caso Nicaragua v. Estados Unidos de 1986, se concluye lo siguiente:

> [A]l evaluar el estatuto consuetudinario de la norma de no intervención, [la Corte Internacional de Justicia], otorgó mucha importancia al hecho de que la Carta de las Naciones Unidas había sido ratificada por casi todos los países y que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas habían sido ampliamente aprobadas[11].

Consecuentemente, si bien la Corte no está haciendo alusión expresa al uso de la fuerza, más al principio de no intervención, reconoce la validez e importancia de la primera en base a la múltiple ratificación de la Carta por los Estados parte; de esta forma, el argumento es perfectamente aplicable para el uso legítimo de la fuerza pues la regulación de esta se encuentra también en este documento.

Ahora, aplicando esto al caso en concreto en Siria, cabe verificar si Estados Unidos incumplió sus obligaciones internacionales sobre la base de la Carta y al Derecho consuetudinario, o, por el contrario, si su respuesta fue legítima y justificada. El artículo 2.4 de la Carta menciona que "Los Miembros de la Organización […] se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado"[12]. Con respecto a la legítima defensa, no se cumple con lo prescrito en el artículo 51, pues, dentro del caso concreto, no existió un ataque armado contra un miembro de la Naciones

9 US Department of Defense. *Statement from Pentagon Spokesman Capt. Jeff Davis on U.S. strike in Syria, Press Operations*. https://www.defense.gov/News/statement-from-pentagon-spokesman-capt-jeff-davis-on-us-strike-in-syria/ (acceso: 15/04/2017)

10 BBC. *La declaración completa con la que Donald Trump dio a conocer el ataque de Estados Unidos contra una base siria*. (7 de abril de 2017).

11 *Vid.* Corte Internacional de Justicia. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua.* Sentencia, 27 de junio de 1986.

12 Carta de la ONU (1945). Artículo 2.4.

Unidas. De igual forma, no se podría alegar un riesgo de seguridad colectiva pues el ataque químico sirio se dio dentro del mismo Estado, es decir no afectó a ningún otro Estado miembro.

A pesar de que manera objetiva y literal no se cumplen las excepciones al uso de la fuerza establecida en la Carta, cabe analizar el voto disidente del Juez Schwebel, en el caso Nicaragua v. Estados Unidos. En este, se menciona que la legítima defensa se puede prestar a una interpretación extensiva. Esto bajo el supuesto de que el Estado que ataca pretenda generar una guerra preventiva contra un Estado que implique una situación de peligro para la comunidad internacional[13]. Como consecuencia, se estaría flexibilizando el principio de prohibición del uso de la fuerza en pos del mantenimiento de la paz y seguridad internacional[14]. No obstante, se debe recordar que, de acuerdo con el capítulo VII de la Carta, incluso el uso de la fuerza armada en nombre la seguridad internacional debe pasar por conocimiento y aprobación del Consejo de Seguridad, por lo que el ataque deliberado de Estados Unidos no puede ser justificado con lo mencionado previamente.

Considerando que no se han cumplido ninguna de las excepciones previamente mencionadas y la actuación de Estados Unidos no se ajusta al pronunciamiento disidente dentro del caso Estados Unidos v. Nicaragua, en el presente trabajo se afirma que el uso de la fuerza por parte de Estados Unidos no fue legítimo en lo absoluto, puesto que no respondía a un ataque de Siria y sus actuaciones no fueron notificadas al Consejo de Seguridad.

Ahora bien, independientemente de la legalidad del ataque, el mismo efectivamente ocurrió y, por lo tanto, tendrá necesariamente un efecto en el desarrollo del conflicto que se desarrolla en la República Siria. Por ello, se vuelve imperativo analizar si dicho ataque afecta la naturaleza del conflicto puesto que de esta determinación dependerá el régimen legal que regirá las consecuencias que el ataque de EE. UU. pueda generar al conflicto. Al tratarse de un conflicto de tal magnitud y complejidad, arribar a una conclusión respecto a su naturaleza puede resultar extremadamente complejo. Para intentar arribar a dicha conclusión, en los párrafos siguientes se hará referencia a los tipos de conflicto que existen en el DIH y la relevancia de dicha distinción; seguidamente, se analizará la naturaleza del conflicto sirio previo a los sucesos de abril de 2017 y finalmente, si dichos sucesos afectan a la naturaleza del conflicto.

13 Corte Internacional de Justicia. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua,* sentencia del 27 de junio de 1986. Voto Disidente del Juez Schwebel, S.

14 Gómez-Urrutia, Marina y Salinas de Frías, Ana (coords.) *Soberanía del Estado y Derecho Internacional.* Sevilla: Universidad de Sevilla (2005).

2.1. Distinción entre conflictos internacionales y no internacionales

El DIH no reconoce un concepto unitario de conflicto, sino que clasifica a los conflictos armados en dos tipos: internacionales y no internacionales. Las diferencias entre el marco legal que regula a estos dos tipos de conflicto son significativas, con una regulación mucho más extensa y específica para aquellos conflictos caracterizados como internacionales. Esta discrepancia ha sido gradualmente atenuada a través del Derecho consuetudinario[15] y de la práctica de los Estados, que, por lo general, optarán por hacer cumplir la mayoría de las mismas reglas independientemente de cómo se le clasifique a este. A pesar de esta creciente homogenización, aún existen diferencias sustanciales en el régimen jurídico aplicable y las reglas que regulan a estos dos tipos de conflictos por lo que su clasificación todavía genera importantes consecuencias de carácter jurídico[16].

Si bien son los conflictos de carácter internacional los que cuentan con un desarrollo jurídico mucho más amplio, la gran mayoría de los conflictos armados contemporáneos se libran ya no entre Estados, sino entre Estados y grupos armados organizados o entre dichos grupos; es decir, no tienen un carácter internacional. El Derecho convencional reconoce dos tipos de conflictos armados no internacionales, a veces referidos como CANI de baja y alta intensidad. El primero de ellos tiene su origen en el artículo tres común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el segundo de ellos en el artículo dos del Protocolo Adicional II de 1977. El artículo tres común establece las condiciones mínimas que debe cumplir todo enfrentamiento que alcance el umbral de un conflicto armado, independientemente de la naturaleza de las partes que se encuentren en conflicto, pero no establece las condiciones que deben cumplirse para que efectivamente se alcance el umbral de un conflicto armado[17].

El Protocolo Adicional II desarrolla y complementa el artículo tres común. El Protocolo no modifica las condiciones de aplicación del artículo tres común, pero define su propio ámbito de aplicación de manera más restrictiva. Existen dos condiciones fundamentales para que un conflicto alcance la definición contenida en el Protocolo Adicional II: (i) deben tratase de conflictos en donde una de las partes sea un Estado, descartando conflictos que se den únicamente entre grupos armados y,

15 El Derecho Internacional consuetudinario está compuesto por normas que resultan de "una práctica general aceptada como derecho", cuya existencia es independiente del derecho convencional y se encuentra reconocido como una fuente de Derecho Internacional en virtud del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. El derecho internacional humanitario consuetudinario reviste una importancia fundamental en los conflictos armados contemporáneos en la medida en que llena las lagunas del derecho convencional tanto en lo que respecta a los conflictos armados internacionales como no internacionales. Respecto a la importancia de la costumbre para el DIH y las reglas de costumbre aplicables a conflictos internacionales y no internacionales, *vid.* Henckaerts, Jean Marie y Doswald-Beck, Louise. *El derecho internacional. Óp. cit.*

16 Por ejemplo, en el estudio realizado por Henckaerts y Doswald-Beck para el CICR respecto al DIH consuetudinario, el mismo identifica 23 normas de costumbre que son aplicables en un conflicto internacional mas no en un conflicto de carácter no internacional. Existen un número de Estados que incluso adoptan una interpretación más conservadora en cuanto a la brecha entre un conflicto internacional y un no internacional e incluso, ciertos Estados niegan el valor de los hallazgos del CICR en su totalidad.

17 Al respecto, *vid.* Melzer, Nils. *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction.* Ginebra: CICR, 2016, Capítulo 2, Título V.

(ii) el grupo armado que sea parte del conflicto debe realizar un control efectivo sobre una parte del territorio del Estado que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y, aplicar las disposiciones del Protocolo[18].

Como ya se mencionó, el Derecho convencional no incluye una definición de conflicto armado no internacional, por lo que esta ha debido desarrollarse a través de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. La primera definición ampliamente aceptada de los elementos de un conflicto armado es la desarrollada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY) en el primer caso que debió resolver, el referente al serbio *Dusko Tadić*[19]; según esta definición, para que se pueda afirmar que existe un CANI, es necesario que se verifiquen dos elementos: la organización de las partes del conflicto y la intensidad de los enfrentamientos[20].

En este sentido, el concepto de 'intensidad' requiere de un nivel de violencia que supere los actos violentos aislados y esporádicos[21], mientras que, en cuanto al nivel de 'organización', se debe analizar la capacidad del grupo de llevar a cabo operaciones sostenidas en el tiempo y con una planificación de poder medio[22]. La Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), al condenar al líder guerrillero congoleño Thomas Lubanga por el reclutamiento y empleo de menores de quince años dentro de las filas del grupo armado Unión Patriótica Congolesa, confirmó la importancia de estos elementos al afirmar lo siguiente:

> Un CANI se establece cuando los Estado han recurrido a la fuerza armada y, (i) la violencia es sostenida, ha alcanzado cierto grado de intensidad, y (ii) los grupos armados tienen cierto grado de organización, incluyendo la capacidad de imposición de disciplina y la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares sostenidas[23].

18 *Vid.* Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977). Artículo 1.

19 En dicho caso, el fiscal acusó a Tadić de una lista de crímenes que incluían violaciones, tortura, tratos crueles e inhumanos y ejecuciones extrajudiciales, presuntamente cometidos en la región de Prijedor, en Bosnia-Herzegovina, entre el 25 de mayo de 1992 y principios de agosto del mismo año. Las sentencias dictadas en el marco de dicho caso han alcanzado una enorme importancia para el desarrollo del DIH y del Derecho Internacional Penal. Respecto al impacto de la decisión al momento de ser emitida, *vid.* Greenwood, Christopher. "International Humanitarian Law and The Tadić Case". *European Journal of International Law* VII (1996), p. 265; Para un análisis actual, *vid.* Nouwen, Sarah y Becker, Michael. *Tadić v. Prosecutor: International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1995*. En Bjorge, Eirik y Miles, Cameron. *Landmark Cases in Public International Law.* Cambridge: Hart Publishing, 2017, pp. 540-560.

20 TPIY. *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, *Appeals Chamber's Judgment, Case IT-94-A.* Sentencia, 15 de julio de 1999.

21 Los factores indicativos que sirven de base para concluir que se cumple el requisito de intensidad fueron sintetizados por el TPIY en el caso *Haradinaj* e incluyen: el número, la duración y la intensidad de los enfrentamientos individuales; el tipo de armas y otros equipos militares utilizados; el número y el calibre de las municiones disparadas; la cantidad de personas y el tipo de fuerzas que participan en la lucha; el número de bajas; la extensión de la destrucción material; y el número de civiles que huyen de las zonas de combate. La participación del Consejo de Seguridad de la ONU también puede ser un reflejo de la intensidad de un conflicto. *Vid.* ICTY. *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Trial Chamber I Judgment*, *Case* IT-04-84-T. Sentencia, 3 de abril de 2008.

22 *Ibid.* El nivel de organización de un grupo no estatal se mide en base a los siguientes factores indicativos, también sintetizados en la sentencia del caso *Haradinaj*: La existencia de una estructura de comando, reglas y mecanismos disciplinarios dentro del grupo; la existencia de una sede; el hecho de que el grupo controla un cierto territorio; la capacidad del grupo para obtener acceso a armas, otros equipos militares, reclutas y entrenamiento militar; su capacidad para planificar, coordinar y llevar a cabo operaciones militares, incluidos los movimientos de tropas y la logística; su habilidad para definir una estrategia militar unificada y usar tácticas militares; y su capacidad para hablar con una sola voz y negociar y concluir acuerdos como cese del fuego o acuerdos de paz.

23 Traducción libre. *Vid.* International Criminal Court. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo ICC-01/04-01/06*. Sentencia, 14 de marzo de 2012.

Por lo tanto, para determinar si una situación específica (en este caso los enfrentamientos en el territorio sirio) constituye un CANI, se debe hacer referencia al nivel de organización de los grupos armados no estatales que participan en el conflicto y a la intensidad de los enfrentamientos entre el Estado y dichos grupos o entre los grupos armados entre sí.

3. Determinación de la naturaleza del conflicto antes de los sucesos de abril de 2017

Para arribar a una conclusión respecto al complejo conflicto que se desarrolla en el territorio sirio, es necesario en primer lugar determinar las partes de un conflicto que se caracteriza por una multiplicidad de actores e intereses. Por lo tanto, los principales involucrados en el conflicto son los siguientes:

El gobierno sirio: el régimen de Bashar al Assad aún se mantiene en control de la capital del país, del gobierno, las fuerzas armadas y la mayoría de la parte oeste del Estado; además cuenta con el apoyo de milicias internas y milicias externas como Hezbollah y cuenta como aliados a Rusia e Irán[24].

La oposición siria: la brutal represión y el uso excesivo de la fuerza utilizado por el gobierno de Al Assad contra las protestas de la sociedad civil provocó la creación de un movimiento de organización y oposición civil armada y militar, constituido por varios desertores de los cuerpos y fuerzas de seguridad del régimen con el apoyo de fondos provenientes de otros Estados[25]. Se identifican numerosos grupos armados que compiten entre ellos y que, en otros casos, han formado alianzas *ad hoc*; sin embargo, estos grupos armados comparten un mismo objetivo: derrocar el régimen, aun cuando no tienen un proyecto político alternativo en el que converjan sus intereses[26]. Los opositores al régimen pueden ser distinguidos en dos grupos:

La "oposición", que está conformada por actores políticos como el Consejo Nacional de la Revolución Siria y las Fuerzas de la Oposición, que cuentan con el respaldo de desertores y voluntarios que conforman el Ejército Sirio Libre[27].

En segundo lugar, están los grupos yihadistas que actúan como un elemento dominante y peligroso en el conflicto sirio que tienen como objetivo común la instauración de un Estado islámico gobernado por la ley *Sharía*. Los grupos yihadistas se encuentran conformados por los siguientes movimientos: El Frente Al Nusra, grupo afiliado a Al Qaeda, destacado por su implantación en la práctica

24 Rodenhäuser, Tilman. "International Legal Obligations of Armed Opposition Groups in Syria" *International Review of Law* II, (2015), p. 12.
25 Gutiérrez, Cesáreo. "El Conflicto en Siria (2011-2014) a la luz del Derecho Internacional y de la Geopolítica". *Revista UNISCI* 37 (2015), p. 102.
26 *Id.*, p. 101.
27 *Id.*, p. 102.

totalidad del territorio sirio al estar presente y activo en once de sus trece regiones; por otro lado, en 2013, cerca de cincuenta grupos armados se reunieron y crearon *Jaysh al Islam* (El Ejército del Islam) que mantiene una estructura militar de mando; finalmente, el Frente Islámico, agrupa a varias organizaciones rebeldes que se destacan por su fuerza y eficacia en el combate sirio[28].

El Estado Islámico/ *Islamic State of Iraq and Syria* (en adelante, ISIS): este grupo creció a partir de la organización conocida como Al Qaeda en Iraq que estuvo activa en la insurgencia del gobierno anti-Estados Unidos/anti iraquí de 2003 a 2013. En los primeros años del conflicto sirio, ISIS fue instrumental al ayudar a establecer el frente de Al Nusra en Siria y ha estado activo en el conflicto desde 2013[29]. Posee control territorial en ciudades sirias como Homs, Raqqa, Abú Kamal y a lo largo de la frontera con Turquía[30].

Milicias Kurdas: la región autónoma del Kurdistán se encuentra en la zona norte de Siria, contigua a la frontera con Turquía. Después de que el gobierno sirio retirara sus fuerzas de la mayor parte de la región en 2012, esta quedó bajo el control del Consejo Nacional Kurdo. Este consejo está a cargo de las milicias kurdas, principalmente, las Unidades de Protección del Pueblo[31].

Coalición Anti-ISIS y Turquía: los Estados Unidos encabezan una coalición anti-ISIS, que participa activamente en la realización de ataques aéreos contra ISIS dentro del territorio sirio. Está formada por un grupo de diez Estados occidentales y regionales[32].

En definitiva, el conflicto sirio involucra directamente a un sinnúmero de grupos rebeldes tanto islámicos como no islámicos, al conglomerado de milicias kurdas y al régimen de Bashar al Assad y, además, con distintos grados de involucramiento, incluye a prácticamente todos los países de la región del golfo Pérsico, Turquía y a la mayoría de las potencias mundiales. Una vez determinadas las partes principales del conflicto, es necesario arribar a una conclusión respecto a qué calificación debe darse al mismo. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) calificó la situación como un CANI al haber monitoreado la intensidad y nivel de organización de las partes[33]. En este sentido, el CICR afirma lo siguiente con relación a Siria:

> El CICR concluye que actualmente existe un CANI en Siria, que se desarrolla entre las fuerzas gubernamentales y varios grupos organizados de oposición ar-

28 *Id.,* pp. 101-102.
29 Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria". *International Law Studies* 92 (2016), p. 359.
30 *Id.*, p. 360.
31 Ford, Christopher. "Syria: A Case Study in International Law." *University of Cincinnati Law Review*, próxima publicación (2017), p. 39.
32 Gill, Terry. "Classifying the Conflict".*Óp. cit.,* p. 361.
33 Reyes, Michelle. "La situación en Siria". *Óp. cit.,* p. 207.

> mada que operan en varias partes del país (incluyendo, entre otros, Homs, Idlib y Hama). Por lo tanto, las hostilidades entre estas partes, dondequiera que puedan ocurrir en Siria, están sujetas a las reglas del Derecho Internacional Humanitario. Estas normas imponen límites a la forma en que se puede llevar a cabo la lucha, con el objetivo de proteger a la población civil ya las personas que no participan directamente en las hostilidades o que ya no participan directamente en ella[34].

La cantidad de grupos rebeldes suficientemente organizados, el financiamiento a estos grupos por parte de gobiernos externos y la enorme intensidad de los enfrentamientos, hacen que indudablemente se cumplan los requisitos para que exista al menos un CANI en el territorio sirio. Sin embargo, esta multiplicidad de actores e intereses generan un nivel tan alto de complejidad del conflicto en Siria, que no sería correcto hablar de un conflicto estático con partes claramente definidas, sino que, por el contrario, el conflicto continúa evolucionando con el transcurrir de los años y la inclusión de nuevos actores al mismo. De este modo, la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe de Siria, en su octavo informe sobre la situación del país, se refiere ya no a uno, sino a múltiples conflictos que involucran a un 'sinnúmero' de actores[35].

En definitiva, se puede concluir que, en Siria, se encuentran desarrollándose múltiples CANI que involucran a un sinnúmero de grupos armados contra el gobierno sirio, así como conflictos de los grupos armados entre sí. Si bien ha existido involucramiento de Estados externos al conflicto, este se ha dado en apoyo de una de las fuerzas que ya forman parte del mismo por lo que, en sí mismo, el financiamiento de grupos armados por parte de otros Estados no altera la calificación que debe darse al conflicto. Ahora bien, un ataque perpetrado por parte de un tercer Estado contra las fuerzas militares de uno de los Estados parte del conflicto y que no se realiza en apoyo de una de las fuerzas parte del conflicto sí puede tener consecuencias determinantes al momento de analizar su naturaleza. El ataque de la fuerza aérea estadounidense contra objetivos militares del régimen sirio ocurrida el 4 de abril del año 2017, *a priori*, cumple con las tres características descritas anteriormente. Por lo tanto, determinar las consecuencias de dicho ataque es esencial para alcanzar una conclusión respecto a la naturaleza del conflicto sirio.

4. Consecuencias del ataque de EE. UU. en la determinación de la naturaleza del conflicto en Siria

En una entrevista realizada días después del ataque de EE. UU. a la base aérea militar de Shayrat en Siria, la portavoz del CICR, Iolanda Jaquemet, sostuvo que dicho ataque cambiaba la naturaleza del conflicto. En este sentido, expresó que:

34 Traducción libre. CICR. *Syria: ICRC and Syrian Arab Red Crescent Maintain Aid Effort Amid Increased Fighting*. https://www.icrc.org/eng/resources/documents/update/2012/syria-update-2012-07-17.htm (acceso: 20/04/2017).

35 Reyes, Michelle. "La situación en Siria". *Óp. cit,* p. 208.

> Cualquier operación militar de un Estado en el territorio de otro sin el consentimiento de ese Estado constituye un conflicto armado internacional (en adelante, CAI). Entonces, dada la información disponible, el ataque de Estados Unidos a la infraestructura militar Siria constituye un CAI[36].

El análisis de esta sección estará encaminado a determinar si esta afirmación es precisa a la luz del DIH y, si lo es, qué consecuencias acarrea para la determinación del régimen jurídico aplicable a los distintos conflictos que se han desarrollado simultáneamente en Siria. Este ataque forma parte de un proceso más amplio característico de los conflictos armados modernos, el constante involucramiento de agentes externos a conflictos que inicialmente tenían un carácter no internacional.

4.1. La internacionalización de los conflictos armados modernos

Como ya se analizó en el capítulo tres del presente trabajo, en el DIH, los conflictos armados se clasifican según su naturaleza internacional o no internacional. Sin embargo, esta dicotomía tradicional ha sido puesta en duda por una amplia gama de autores que sostienen que la misma no responde a la realidad de los conflictos armados modernos[37]. En la mayoría de CANI modernos, es extremadamente común que exista algún tipo de involucramiento de carácter externo. En ciertos casos, este involucramiento puede convertir a hostilidades que originalmente eran internas en internacionales, lo que una corriente creciente de autores denomina “conflictos armados internacionalizados”[38]. En esencia, este concepto se refiere a un Estado o grupo de Estados que interviene en un CANI ya existente, convirtiéndose así en una parte (cobeligerante) de ese conflicto[39]. Las circunstancias concretas que pueden dar lugar a la internacionalización de un conflicto son numerosas y, a menudo, complejas: estas incluyen los conflictos entre dos facciones internas respaldadas por Estados diferentes, las hostilidades directas entre dos Estados extranjeros que intervienen militarmente en un CANI respaldando a grupos enemigos, y los conflictos en que se produce una intervención extranjera para apoyar o atacar a un grupo rebelde que lucha contra un gobierno[40].

En cuanto al derecho aplicable en estos supuestos, cuando un Estado interviene en apoyo de la lucha de un gobierno territorial contra una insurgencia, las re-

36 Traducción libre. Nebehay, Stephanie. “Situation in Syria Constitutes International Armed Conflict - Red Cross.” *Reuters,* 7 de abril de 2017.

37 Algunos autores incluso sostienen la necesidad de abandonar las dos categorías por completo y adoptar una única definición para todo tipo de conflicto armado, *vid.* Entre otros, Stewart, James. “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict.” *Revue Internationale de la Croix-Rouge/ International Review of the Red Cross* 85.850: 313-350 (2003); Carron, Djemila. “Transnational Armed Conflicts an Argument for a Single Classification of Non-international Armed Conflicts” *Journal of international humanitarian legal studies 7* (2016) 5-31.

38 Por ejemplo, Odermatt, Jed. “Between Law and Reality: New Wars and Internationalized Armed Conflict”. *Amsterdam LF* V (2013): 19.

39 Melzer, Nicolas. “New IHL handbook.” *Óp. cit.*, p. 112.

40 Stewart, James. “Towards a Single Definition of Armed Conflict”. *Óp. cit.,* p. 334.

laciones entre la insurgencia y el Estado interviniente, al igual que el conflicto preexistente, se regirán por el DIH aplicable a los CANI[41]. Si, por el contrario, un Estado interviene para atacar a un grupo armado en el territorio de otro Estado, los enfrentamientos entre el Estado interviniente y el grupo armado mantendrán su carácter no internacional y seguirán siendo gobernados por el DIH aplicable a los CANI. Finalmente, cuando un Estado no solo apoya, sino que dirige y controla a una parte insurgente hasta el punto de que sus operaciones deberían ser consideradas como las del propio Estado interviniente, el CANI existente entre el Estado territorial y una insurgencia se transformará en un CAI entre el Estado territorial y los Estados intervinientes[42].

4.2. La internacionalización del conflicto sirio

Siria es el ejemplo perfecto de la naturaleza mixta de los conflictos armados modernos. En sus inicios, el conflicto era eminentemente interno, limitado al gobierno y grupos armados sirios. El mismo ha ido mutando constantemente y, a seis años de sus inicios, no solo ha visto el reciente involucramiento de Estados Unidos a través del bombardeo a la infraestructura siria[43], sino también la incursión de una variedad de países. Rusia e Irán han estado apoyando al régimen sirio de manera constante, no solo a través de bombardeos, financiamiento y abastecimiento de armas y municiones, sino también, en el caso de Irán, con milicias combatiendo a los grupos insurgentes[44]. Turquía ha realizado incursiones en el norte de Siria combatiendo al Estado Islámico e intentando detener el avance de milicias kurdas[45]. Ni siquiera es la primera vez que Estados Unidos se involucra en el conflicto, puesto que, junto con una coalición de diez países, ha realizado constantes bombardeos a objetivos del Estado Islámico dentro del territorio de Siria desde 2014[46]. Según el Departamento de Defensa de EE. UU., para abril de 2016 la coalición había realizado un total de 3809 bombardeos dentro de Siria, 3577 de ellos realizados por los Estados Unidos y 232 por otros miembros de la coalición[47].

Con más de una docena de países involucrados en el conflicto de alguna u otra manera, es relevante analizar por qué este nuevo ataque de EE. UU. debería considerarse diferente a los demás y modificar la naturaleza del conflicto; si, hasta el momento, la mayoría de los autores y organismos autorizados en la materia

41 Melzer, Nicolas. "New IHL handbook." *Óp. cit.*, p. 113.
42 ICJ, *Nicaragua v. United States*. *Óp. cit.*, párr. 115; ICTY*, Prosecutor v. Tadić, Óp. cit.*, párr. 145.
43 *Vid.* US Department of State, *Trump Orders Missile Attack in Retaliation for Syrian Chemical Strikes,* Press Release. https://www.defense.gov/News/Article/Article/1144601/trump-orders-missile-attack-in-retaliation-for-syrian-chemical-strikes/ (acceso: 26/04/2018).
44 Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria". *International Law Studies* 92/1, 11. (2016), p. 150.
45 *Id.,* p. 161.
46 *Id.,* p. 164.
47 US Department of Defense. *Statement from Pentagon Spokesman Capt. Jeff Davis on U.S. strike in Syria, Press Operations*. https://www.defense.gov/News/statement-from-pentagon-spokesman-capt-jeff-davis-on-us-strike-in-syria/ (acceso: 15/04/2017).

continuaban considerando a Siria como un CANI[48]. Por ello, antes de analizar el último bombardeo realizado por EE. UU. contra la base militar de Shayrat, se hará referencia al resto de involucramientos externos que han ocurrido durante el conflicto y sus diferencias con el ataque que se analiza en el presente trabajo.

En cuanto a la intervención de las fuerzas rusas e iraníes en apoyo del gobierno sirio, esta no afecta la clasificación del conflicto ni genera un conflicto armado internacional separado ya que, tal como se estableció, cuando un Estado interviene en apoyo de la lucha de un gobierno territorial contra una insurgencia, las relaciones entre la insurgencia y el Estado interviniente, al igual que el conflicto preexistente, se seguirán rigiendo por el DIH aplicable a los CANI[49]. Tampoco hay pruebas de que ninguno de esos Estados (Rusia o Irán) ejerza un control efectivo, en oposición a una mera influencia, sobre el gobierno sirio[50].

Con relación a los ataques de la coalición liderada por EE. UU. a través de bombardeos a objetivos del Estado Islámico y el apoyo a las incursiones militares de Turquía, el análisis resulta más complejo. Estos ataques no contaban con consentimiento del gobierno sirio y, por lo tanto, la consecuencia que tienen para la determinación del conflicto no es aún clara[51]. En este aspecto, se pueden identificar dos grupos de autores con posiciones diferentes. Por un lado, existen quienes sostienen que estos ataques generaron un CAI entre la coalición y el gobierno sirio al no haber mediado el consentimiento de este último[52]. La posición contraria es más conservadora y sostiene que un CAI solo puede darse entre Estados[53]. En consecuencia, bajo esta línea, al haberse dirigido los ataques de la coalición exclusivamente a un grupo armado y no al gobierno, no debería generar un nuevo CAI entre estos dos Estados sino debe entenderse como un CANI entre el grupo armado y el Estado interviniente.

Algunos argumentos que apoyan la primera posición se originan en las acciones militares de EE. UU. en la zona durante 2016, las cuales incluyen: la imposición de zonas de exclusión aérea dentro del territorio sirio, el apoyo militar a la invasión y ocupación de pueblos sirios en el norte de Siria por parte del ejército turco y finalmente, existe evidencia que parece apoyar que EE. UU. llegó a bombardear a fuerzas militares sirias[54]. Dado el bajo nivel de fuerza requerido en un CAI, estas actividades claramente permitirían considerar cumplido este estándar. Un segundo argumento que apoya esta posición tiene que ver con la interpretación que

48 *Vid.* Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria" *Óp. cit.*; Rodenhäuser, Tilman. "International legal obligations". *Óp. cit.*; Ford, Christopher. "Syria: A Case Study in International Law." *Óp. cit.*

49 Melzer, Nicolas. "New IHL handbook". *Óp. cit.*, p. 113.

50 Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria". *Óp. cit.*, p. 375.

51 *Ibid.*

52 Entre otros, *vid.* Goodman, Ryan. "Is the United States Already in an "International Armed Conflict" with Syria?" *Just Security.* (2016); Goodman, Ryan. "Taking the Weight off International Law: Has Syria Consented to US Airstrikes?" *Just Security.* (2014); Ahmad Haque, Adil. "Whose Armed Conflict? Which Law of Armed Conflict?" *Just Security.* (2016);

53 Entre otros, *vid.* Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria" *Op. cit.*, p. 373; Watkin, Kenneth. "The ICRC Updated Commentaries: Reconciling Form and Substance" *Just Security.* (2016);

54 *Cfr.* Goodman, Ryan. "Is the United States Already in an "International Armed Conflict" with Syria?" *Just Security.* (2016)

realiza el CICR del artículo dos común a los Convenios de Ginebra en su último comentario publicado en 2016. En ellos, el CICR sostiene que:

> Un CAI surge entre el Estado territorial y el Estado interviniente cuando se utiliza la fuerza en el territorio del primero sin su consentimiento. Según el Derecho Humanitario, la existencia de un CAI no exige que las personas u objetos a los que se dirige sean necesariamente parte del poder ejecutivo y tampoco está condicionada a que el ataque se dirija únicamente contra el gobierno. Los conflictos armados internacionales se libran entre Estados. El gobierno es solo uno de los elementos constitutivos del Estado, mientras que el territorio y la población son los otros elementos constitutivos. Por lo tanto, cualquier ataque dirigido contra el territorio, la población o la infraestructura militar o civil constituye un recurso a la fuerza armada contra el Estado al que pertenece ese territorio, población o infraestructura[55].

Bajo esta definición, no habría diferencia alguna entre el ataque realizado por EE. UU. en abril de 2017 contra una base militar siria y todo el resto de los bombardeos que ha realizado la coalición en ese país contra objetivos del Estado Islámico desde 2014. Según el comentario del CICR, si el gobierno del territorio atacado no consiente el ataque, así este sea dirigido exclusivamente a un grupo armado organizado, entonces existe un CAI[56]. Ambos ataques, tanto a ISIS como a la base aérea de Shayrat, representan ataques al territorio de Siria sin que medie una autorización del gobierno de dicho país; el conflicto sirio habría alcanzado ya el umbral de CAI mucho antes del último ataque de EE. UU. a la base aérea de Siria. Los autores que toman esta posiciona argumentan, además, que sería favorable considerar que existe un CAI dadas las implicaciones en el marco jurídico aplicable y especialmente, en la posibilidad de perseguir internacionalmente los crímenes cometidos durante el conflicto. Si bien esta opinión es minoritaria, vale resaltar que proviene directamente de la posición tomada por el CICR en su último comentario a los Convenios de Ginebra, por lo mismo, no debería ser descartada.

La posición contraria sostiene, en esencia, que el consentimiento no debe ser el factor relevante al momento de analizar la naturaleza del conflicto y que es más apropiado apoyarse en otros factores que consideran más relevantes, principalmente, la naturaleza de las partes involucradas en el conflicto[57]. En cuanto a los ataques realizados por la coalición, esta corriente sostiene que los mismos son dirigidos casi exclusivamente a objetivos del Estado Islámico, el cual cuenta con un firme control de parte del territorio, población e infraestructura siria y no contra territorio controlado por el gobierno sirio. Además, ni Siria ni los países de la coalición consideran que se encuentran en un conflicto entre ellos y no ha ocurrido acción entre ellos que llevaría a activar la aplicabilidad del régimen de los

55 CICR. *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. 2.ª ed. Ginebra: CICR, 2016. Parrs. 224 y 226.
56 *Ibíd.*
57 Gill, Terry. "Classifying the Conflict in Syria". *Óp. cit.*, p. 373.

CAI[58]. Goodman, por su parte, sostiene que aun si se considera al consentimiento como relevante, las acciones del gobierno sirio frente al bombardeo implican una aceptación tácita de los bombardeos contra objetivos del Estado Islámico[59], cabe resaltar que esta no es la posición oficial de EE. UU.[60]

Como se puede apreciar, ambas posiciones contienen argumentos válidos. Si bien el considerar a la naturaleza de las partes como más relevante que el consentimiento parece lo más adecuado, el argumento de activar la mejor protección dada por el DIH, en especial en relación con la persecución de crímenes de guerra, puede hacer más útil a la posición que considera que ya existe un CAI desde 2014, por lo que no debe ser descartada. En cualquier caso, la discusión se refiere a la posibilidad de que exista ya un CAI desarrollándose en Siria desde 2014.

Lo que resulta indudable bajo ambas posiciones es que el ataque perpetuado en abril de 2017 confirma la existencia de un CAI entre estos dos Estados, como mínimo, desde esa fecha en adelante. Dicho ataque indudablemente implica el uso de fuerza armada contra un elemento de la infraestructura militar siria, sin el consentimiento de este Estado. Este conflicto existe de manera independiente del resto de CANI que se están desarrollando en el territorio sirio. Así las cosas, se genera un complejo sistema de protección legal, mediante el cual la gran mayoría de enfrentamientos se regulan bajo el derecho aplicable a los CANI, y solo aquellos que ocurran entre Siria y EE. UU. tendrán que regirse bajo la totalidad de la protección del DIH aplicable a los CAI.

5. Conclusiones

El presente trabajo tenía como objetivo analizar las consecuencias de los últimos sucesos que se han dado en el contexto del conflicto armado sirio, en particular el uso de armas químicas y la respuesta militar que EE. UU. ha dicho usó. Una vez analizada la naturaleza del conflicto previo a dichos sucesos, se demostró la clara ilegalidad de la utilización de armas químicas, tanto contra combatientes como contra la población civil, a la luz del DIH, las cuales, además de violar los principios rectores del DIH y diversas convenciones en la materia, son graves violaciones al Derecho y la costumbre de la guerra y, en consecuencia, constituyen crímenes internacionales.

En segundo lugar, se evidenció que la respuesta militar de EE. UU. constituyó un uso ilegal de la fuerza al no cumplirse ninguna de las excepciones a la prohibición general del uso de la fuerza: no se ha demostrado que constituye legítima defensa

58 *Id.*, p. 376.
59 Goodman, Ryan. "Taking the Weight off of International Law: Has Syria Consented to US Airstrikes?" *Just Security* (2014)
60 Egan, Brian. *Discurso presentado ante la American Society of International Law.* (2016) https://www.justsecurity.org. Egan, asesor del Departamento de Estado de EE. UU., justifica el ataque así: "*In the case of ISIL in Syria, we could act in self-defense without Syrian consent because we had determined that the Syrian regime was unable or unwilling to prevent the use of its territory for armed attacks by ISIL.*"

ni que mediara autorización del Consejo de Seguridad para considerarlo un ejercicio de defensa colectiva de acuerdo con el Capítulo VII de la Carta.

Finalmente, se analizaron las consecuencias de dicho ataque para la naturaleza del conflicto armado sirio y se pudo concluir que, dentro del conflicto de Siria, se pueden encontrar, al menos, los siguientes conflictos armados desarrollándose simultáneamente: en primer lugar, no queda duda de que, al menos a partir de 2012, se han cumplido los elementos de intensidad y organización de las fuerzas de oposición para considerar que existe un CANI entre una multiplicidad de partes que incluyen: (i) El gobierno sirio, apoyado por milicias extranjeras y por Irán y Rusia; (ii) los diferentes grupos que integran la oposición siria, tanto aquellos de carácter secular como aquellos de tendencia islámica; (iii) otra parte separada integrada por los grupos extremistas islámicos, principalmente el frente de Al Nusra y sus afiliados. Al estar suficientemente organizado y controlar una parte considerable del territorio sirio, debe verse como otra parte del conflicto; (iv) el Estado Islámico o ISIS, el cual también controla suficiente territorio de forma autónoma para ser considerado una parte diferente; (v) el conjunto de milicias kurdas que controlan la parte norte del territorio sirio y ejercen un alto nivel de autonomía en dichos territorios, deben ser vistos como otra parte del conflicto.

Toda esta multiplicidad de actores forma un solo CANI en el cual confluyen diversos objetivos y donde diversas facciones se separan y combaten entre sí. Representa un conflicto extremadamente complejo y fluido, pero constituyen partes del mismo conflicto. Además de este CANI, al mismo tiempo se desarrolla otro conflicto separado, también de carácter no internacional, entre las milicias kurdas y el gobierno turco, que se desarrolla en el norte del territorio de Siria. Como ya se analizó, la situación permanece abierta en relación con la naturaleza de los bombardeos contra ISIS realizados por la coalición liderada por EE. UU. desarrollados en territorio sirio. En el presente trabajo, se concluye que al menos existe un CANI desarrollándose entre estas dos partes.

En conclusión, en el presente trabajo se afirma que, a partir del ataque de EE. UU. a la base militar de Shayrat, se ha generado un nuevo conflicto, de carácter internacional e independiente del resto de conflictos no internacionales que se desarrollan en el país, esta vez, entre dicho Estado y el Estado sirio. Esto por cuanto la prohibición absoluta del uso de la fuerza por parte de los Estados en el Derecho Internacional, analizada en el acápite dos del presente trabajo, implica que cualquier acto de violencia, por más pequeño o aislado en el tiempo que sea, es una violación de dicha regla y debe inmediatamente activar el régimen jurídico del DIH. Esta posición es la única que se corresponde con la naturaleza del régimen de protección de los Convenios de Ginebra y es la adoptada por el CICR en su último comentario a dichos convenios.

Injecting Human Rights into International Humanitarian Law: Least Harmful Means as a principle governing armed conflicts

Gabriela Monserrat Flores Villacís
University College London, WC1E 6BT, London, UK.
Correo electrónico: gaby_flores13@hotmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Abstract

During times of war, the relationship between International Humanitarian Law and International Human Rights Law has always been controversial, and has generally been solved by prioritizing the rules of the former and minimizing the application of the latter's. In practice, this has translated into insufficient standards of protection for individuals and, more specifically, into the endorsement of an unrestrained right to kill enemy combatants. This paper suggests a novel approach to this regime interaction: the application of International Human Rights Law during wartime should serve as an interpretative tool of International Humanitarian Law rules, strengthening the safeguards offered by the latter and, thus, better respecting the rights of individuals during hostilities. Regarding the right to life, this interpretation would require to abandon the idea of a right to kill opponents and, instead, demand that least harmful means be employed during military operations, when possible. Lethal force should be allowed only in cases where military necessity justifies it, henceforth avoiding causing individuals more harm than that strictly required. The purpose of this article is not to advocate for a prohibition of killing combatants -as the nature of armed conflicts would render that rule unattainable-; it is, however, to establish a principle capable of guiding combatants' behaviour towards a more humane conduct of hostilities.

Keywords

Human Rights Law, Humanitarian Law, regime interaction, least harmful means, right to life, combatants.

Una nueva perspectiva de interacción entre los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario: el uso de medios menos nocivos como un principio que gobierna los conflictos armados

Resumen

Durante un conflicto armado, la interacción entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido siempre controversial y, por lo general, ha sido resuelto priorizando las reglas derivadas del primero y minimizando la aplicación de las del segundo. En la práctica, esto se ha traducido en estándares insuficientes de protección a los individuos y, más específicamente, en la aceptación de un irrestricto derecho a matar de los combatientes hacia sus enemigos. No obstante, este artículo sugiere un enfoque novedoso de interacción entre estos dos regímenes: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debería servir como una herramienta de interpretación de las normas del Derecho Internacional Humanitario, con el fin de fortalecer el nivel de protección disponible en las normas de este último y lograr así la garantía efectiva de los derechos de los individuos durante las hostilidades. Con respecto al derecho a la vida, esta interpretación requeriría el abandono de la idea del derecho a matar y, en su lugar, requerir el uso de medios menos nocivos durante las operaciones militares, cuando sea posible. El recurrir a fuerza letal debería ser permitido únicamente

en aquellos casos en que la necesidad militar lo justifique, de manera que se evite causar a los individuos más daño del estrictamente requerido. El propósito de este artículo no es propugnar una prohibición absoluta de matar a los combatientes enemigos –pues la naturaleza de los conflictos armados tornaría inalcanzable una regla de esas características–; sin embargo, sí es establecer un principio capaz de guiar la conducta de los combatientes hacia una conducción de hostilidades más humana.

Palabras clave

Derechos Humanos, Derecho Humanitario, interacción de los regímenes, medios menos nocivos, derecho a la vida, combatientes.

1. Introduction

International Humanitarian Law (onwards IHL) emerged in the 19th century, constituting one of the oldest manifestations of International Law, formulated to have the exclusive governance of armed conflicts[1]. During the aftermath of the Second World War in the late 50's, however, another branch of International Law emerged as a response to the horrifying violations perpetrated during that period, with the intention to protect individuals' dignity: International Human Rights Law (onwards IHRL)[2]. The emergence of IHRL marked a turning point for the rule of law governing armed conflicts, since IHL's exclusive dominance was displaced by the simultaneous application of the two regimes. Since then, the controversy has revolved around determining which is the model best suited to deal with the interaction of the two bodies of law and to accommodate both the humanitarian and military interests at stake. In the traditional models, military interests represented in IHL have prevailed at the expense of IHRL and have given way to interpretations of the rules that allow for scarce protections in favour of individuals[3], particularly combatants.

During the last few decades, however, the growing expansion of IHRL in many fields within the international community has been undeniable[4]. The evidence is on the widespread ratification of existing treaties and the emergence of new ones, the creation of international bodies and procedures, among others[5]. Therefore, IHRL has turned into a guiding element of the conduct of states[6]. The consequence is that it demands the introduction of an IHL-IHRL interaction model that affords the latter a more substantive role in the regulation of hostilities, contrary to the prevailing view derived from the 1996 ICJ Nuclear Weapons judgment[7] which is limited, in practice, to the displacement of the IHRL rules by IHL's, arguing *lex specialis*[8]. Twenty years later, the interpretation presented in this judgement is no longer compliant with the IHRL obligations currently in place.

Under the current scheme, individuals who act as combatants during an armed conflict have been partially divested of the rights to which they are inherently entitled[9]. What is more, the notion of an unconstrained right to kill enemy combatants

1 *Cfr.* Fleck, Dieter. *Handbook of IHL.* OUP, 2013. Ch 1.
2 *Cfr.*Chevalier-Watts, Juliet. "Has human rights law become *lex specialis* for the European Court of Human Rights in right to life cases arising from internal armed conflicts?" (2010) IJHR 584 p. 3.
3 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life in armed conflict: does international humanitarian law provide all the answers?" (2006) 88 IRRC 881 p. 2-3.
4 Lauren, Paul. *The evolution of International Human Rights: Visions Seen.* UPP, 2011; Pease, Kelly Kate and Forsythe, David. *Human Rights, Humanitarian Intervention, and World Politics*, Human Rights Quarterly, 1993. p. 6-9.
5 *Ibíd.*
6 *Ibíd.*
7 ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons.* (Advisory Opinion), 1996. ICJ Rep 226.
8 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp cit.*, p. 2.
9 *Cfr.* May, Larry. "Humanity, Necessity and the Rights of soldiers" https://www.law.upenn.edu/live/files/3026-larry-mayhumanity-necessity-and-the-rights-of (accessed: august 2016).

has governed the conduct of hostilities[10]. In this paper, however, I will present a novel model of IHL-IHRL interaction that endorses a Least Harmful Means (on-

10 *Cfr.* Parks, Hays. "Part IX of the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", (2010) *42 NYU J Int'l L & Politics 794*.; Watkin, Kenneth. "Humans in the Cross- Hairs: Targeting, Assassination and Extra-Legal Killing in Contemporary Armed Conflict", in Wippman, David and Evangelista, Matthew. *New Wars, New Laws? applying the laws of war in the 21st century conflicts*. Brill, 2005 p. 137-179.

wards LHM) approach to be adopted during wartime, imposing on belligerents the obligation to rigorously adhere to the one legitimate aim of war: weakening the military forces of the enemy, which can be sufficiently fulfilled by "disabling the greatest possible number of men"[11], without necessarily resorting to lethal force.

For this purpose, the first section of this article will explain the model of interaction proposed, the *Integrative model*, which places IHL as *lex specialis,* but uses IHRL protective principles to shine through IHL rules, in search of the most humanitarian interpretation of the latter. This exercise gives IHRL a central role in the regulation of hostilities, amending one of the most criticised flaws of the classic model and better reflecting the prominent status of this regime. The second section will focus on the protection of the right to life of combatants afforded by IHRL and by IHL, and will analyse the regime interaction models that have been employed by the different courts on this matter. The purpose of this section is to suggest a more appropriate and protective way of reading the right to life during armed conflicts. Finally, the last section will detail how, under the light of the Integrative model, a LHM approach can be construed to govern the conduct of hostilities, by using the protective principles of IHRL to boost the humanitarian rules[12] already found in IHL -but often disregarded-, and result in restrictions on the use of force against combatants.

2. Interaction between IHL and IHRL: the Integrative Model

IHRL and IHL were created under distinct rationales, especially regarding origin, nature and specific purpose[13], but there is broad evidence of the important overlaps between the two regimes that demand their simultaneous application during wartime and, moreover, that deem it convenient[14]. First, there are substantive conceptual similarities shared by the two bodies of law, especially regarding their protective drive and the field of application[15]. They both pursue a similar humanitarian aim and this provokes, in the words of the Inter-American Commission on Human Rights (onwards IACHR), "an integral linkage" between the two, based on the "common purpose of protecting human life and dignity'"[16]. Furthermore, while it is true that IHL operates only during wartime, IHRL's core idea is that rights are permanently protected because they are inherent to human condition and not dependant on states' willingness/capacity to recognize them[17]; hence, during an armed conflict when rights are specially at risk, its protection

11 St. Petersburg Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight LXIV UKPP (1869) 659.

12 High Court of Justice Israel, *The Public Committee against Torture in Israel et al v The Government of Israel et al (Targeted Killings),* 46 ILM 375, (11 December 2006) para. 40.

13 *Cfr.* Gasser, Hans Peter. "International Humanitarian Law and Human Rights Law in Non-International Armed Conflicts: Joint Venture or Mutual Exclusion?" (2002) 45 GYIL p. 160-161.

14 *Cfr.* Heintze, Hans-Joachim. "On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law" (2004) 86 IRRC 789 p. 1-5.

15 *Ibid.*

16 IACHR, *Coard v US,* Report no 109/99 (29 September 1999) para. 39.

17 *Cfr.* Griffin, James. *On Human Rights.* OUP, 2009. Ch 2.

cannot vanish[18]. Thus, IHRL pertains to both times of peace and times of war and this deems the IHL-IHRL interaction unavoidable.

Stipulations in IHRL treaties also further this view through the text of the derogation-clauses, which endorses the applicability of certain rights during times of emergency -including situations of armed conflict[19]. In this regard, although there are some rights that may be derogated by states during these times, the rights considered part of the "common nucleus of Human Rights"[20] such as life, integrity or freedom of belief, remain binding even during hostilities. The non-derogable character of these rights has been ratified by vast jurisprudence of international judicial bodies[21], concluding that they continue to be enforceable at all times without exception and, thus, rejecting allegations of exclusive applicability of IHL during wartime.

Furthermore, more recent developments in IHL regulations have themselves endorsed, tacitly and expressly, the applicability of IHRL to hostilities. First, Common Art. 3 of the 1949 Geneva Conventions (onwards GCs)[22] provides a list of rights that ought to be protected at all times which coincides with the list of non-derogable rights specified in IHRL instruments, mirroring the similar drive of the two bodies of law[23]. Second, the 1977 Additional Protocols (onwards APs) acknowledge the application of IHRL more directly by stating that their provisions "are additional to […] other applicable rules of international law relating to the protection of fundamental human rights during international armed conflict"[24]. Moreover, the Martens Clause contained in the APs expressly states that in cases not covered by IHL, individuals "remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience"[25]. As stated by Heintze, these clauses confirm the openness of IHL by recognizing that its rules "cannot be regarded as the final regulation of the protection of human beings [during armed conflicts]", but are meant to be complemented with others, such as IHRL's[26].

18 *Cfr.* Milanovic, Marco. "Norm Conflicts, International Humanitarian Law, and Human Rights Law" p. 7 in Ben-Naftali, Orna, *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2011.

19 International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 171 (ICCPR) Art. 4; American Convention on Human Rights 1144 UNTS 123 (ACHR) Art. 27; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 213 UNTS 222 (ECHR) Art. 15.

20 IACHR, *Coard v US… Óp. cit.*, para. 38.

21 ICJ, *Nuclear Weapons… Óp. cit.*, para. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136 para. 106; ECtHR, *Hassan v United Kingdom* App no 29750/09 (16 September 2014) para 77.

22 Geneva Conventions (adopted 12 August 1949) 75 UNTS (GCs).

23 *Cfr.* Heintze, Hans-Joachim. "On the relationship…" *Óp. cit.*, p. 2.

24 Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts 1125 UNTS 3 (API) Art. 72; Sandoz, Yves et al. *Commentary on the Additional Protocols.* ICRC, 1987. para. 4429.

25 Additional Protocol to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts Art. 1; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts 1125 UNTS 609 (APII), Preamble.

26 Heintze, Hans-Joachim. "On the relationship…" *Óp. cit.*, p. 9.

Consequently, there can be no doubt that International Law in its current form endorses the joint applicability of IHRL during armed conflicts, hence why this view has been progressively endorsed by states within the UN. Initially, specific declarations were made regarding the application of IHRL during determined wars, including the URSS invasion of Hungary in 1956[27] and the Six Day War in 1967[28]. This trend led later to the elaboration of general documents confirming the application of IHRL during armed conflicts overall, such as the resolution on "Basic principles for the protection of civilian populations in armed conflict"[29]; view that has been maintained onwards in UN resolutions issued by the Security Council[30] and the General Assembly[31].

IHRL applicability changes significantly the approach employed by the rule of law to address armed conflicts, injecting a more humanitarian outlook. While IHL consists of a series of state-centred agreements between states who, on the basis of sovereignty and reciprocity, accepted to restrain their actions and minimize damage, the humanity-driven rationale behind IHRL gives priority to human needs and conceptualizes individuals as right-holders who need reinforced safeguards during wartime[32]. Accordingly, IHRL effectively expands the humanitarian purposes established in IHL and lifts the standards of available protection.

2.1. The Integrative Model

Although today there is general agreement on the simultaneous application of IHL and IHRL, the dynamic of the interrelation between the two is still subject to much debate. At times, rules from both bodies of law will be compatible and the solution will simply be to apply each in its own terms[33]. Often, however, applicable IHL and IHRL rules can be contradictory and this adds complexity to the interaction. The issue of how to reconcile opposing standards of protection, therefore, needs to be addressed through a carefully tailored mechanism.

The starting point to construct an appropriate model is the assumption that International Law, along with all of its branches, are part of one coherent and unified system and not an aggregate of unconnected norms that operate independently[34]. This systemic approach is endorsed by Art. 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which states that "any relevant rules of international law

27 GA Res. 1312 (XIII) (12 December 1958) UN Doc. A/38/49.
28 SC Res. 237 (14 June 1967) UN Doc. A/237/1967.
29 GA Res. 2675 (XXV) (9 December 1970).

30 SC Res. 1019 (9 November 1995) UN Doc. S/RES/1019; SC Res. 1635 (28 October 2005) UN Doc. S/RES/1635 and SC Res. 1653 (27 January 2006) UN Doc. S/RES/1653.
31 GA Res. 46/135 (19 December 1991) UN Doc. A/RES/ 46/135; GA Res. 50/193 (22 December 1995) UN Doc. A/RES/50/193; GA Res. 52/145 (12 December 1997) UN Doc. A/RES/52/145.
32 *Cfr.* Milanovic, Marco. "Norm Conflicts…" *Óp. cit.*, p. 1-2.
33 ICJ, *Palestinian Wall… Óp. cit.*, para. 106.
34 ILC, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law (2006) UN Doc A/61/10.

applicable in the relations between the parties" shall be taken into account in the interpretation of any international treaty[35]. Hence, all bodies of law applicable in a determined situation are expected to be interpreted against the background of one another in a harmonic manner, resulting in a "single set of compatible obligations" that states are bound to observe[36]. Harmonization between IHL and IHRL should be feasible, considering their partial convergence and, thus, their potential to reinforce one another[37].

Nevertheless, finding a mechanism capable of reconciling these rules has proven to be a challenge. The general trend has been to solve these difficulties through interpretative means and, more specifically, by interpreting IHRL in light of IHL[38]. This model is built upon the idea that, due to the extraordinary circumstances surrounding war, IHRL obligations can be attenuated and read through the lenses of IHL norms, by expanding the former only to the extent of matching the requirements of the latter. This model frames IHL as *lex specialis* and, moreover, as an authoritative interpretation of IHRL[39]. For instance, in the Coard v US case, the IACHR had to analyse whether a detention within an armed conflict had been arbitrary under IHRL and it resolved that the standard of what should be understood as arbitrary ought to be deduced by reference to IHL[40]. Under this approach, only when a deprivation of a right is illegal under IHL, it is also assumed to be an IHRL violation.

This model, however, presents both theoretical and practical problems. First, even though it is supposed to be based on the idea of IHRL applicability, in reality it contradicts it, since it prevents this regime from actually influencing the regulation of hostilities. In practice, the relevant IHL norm is applied exclusively and displaces the IHRL one, by disregarding any higher standard that the latter may impose. As was explained previously, IHL-IHRL interaction should give way to a single set of compatible obligations shaped by both applicable regimes; instead, this model endorses IHL as the only rule in force and condemns IHRL to be a silent bystander, only permitted to reinforce its counterpart's standards.

Consequently, this paper advocates for an alternative model: the Integrative one. Its aim is to further the role played by IHRL, encouraging active interaction between the two bodies of law and acknowledging the contribution that IHRL can make to the regulation of war. More specifically, this model intends to inject a more humane perspective, by allowing IHRL to lift the standards available in IHL. Just as in the current model, here IHL rules are considered *lex specialis* due to their specificity, but the difference is that IHRL is meant to play an interpretative function

35 Vienna Convention on the Law of Treaties 11 UNTS 331 (VCLT) Art. 31.3.c.
36 ILC, Conclusions of the work of… *Óp. cit*., p. 1.
37 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit*., p.1.
38 ICJ, *Nuclear Weapons… Óp. cit*., para. 25; ECtHR, *Hassan v UK… op. cit.* paras. 100-106; IACHR, *Coard v US... Óp. cit*., para. 42.
39 IACHR, Coard v US… *Óp. cit*., para. 42.
40 *Ibíd*.

and "remain in the background to inform the application and interpretation of the relevant humanitarian law rule[s]"[41]. Even though IHRL norms will not apply directly, its protective values will inspire the way in which IHL is read, so as to bear the most humanitarian result possible within the latter's own framework.

2.1.1. Historical justification of the Integrative Model

Since its emergence, IHRL was intended to apply during armed conflicts subject to the restrictions contained in the derogation clauses. However, because of the immaturity and limited scope of IHRL in its early stages, initially there was reluctance to endorse its application during wartime[42]. Through time, IHRL obligations expanded and, thusly, this older view became unsustainable. As a result, in the following decades IHRL application started to be recognized and the first steps towards IHL-IHRL interaction were made. Today, however, IHRL has developed even more and is seen by many as one of the pillars upon which the international community is built[43], which requires its role during war to be further strengthened.

IHLR's importance grew significantly in the first period following its emergence. This can be evidenced, for example, through the wide spread ratification of treaties, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (onwards ICCPR) (1966) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (onwards ICESCR) (1966); and later of other more specific instruments focused on women (1979), children (1989), torture(1984), migration (1990), etc[44]. Additionally, in this same stage, states agreed to the creation of monitoring bodies both with jurisdictional[45] and non-jurisdictional powers[46], in order to ensure compliance with IHRL obligations. The large support given to all these new agreements within the international community progressively placed IHRL as a priority subject matter, compelling states to shape their conduct in accordance with the latter's requirements[47]. As expected, this development made inevitable acknowledging its application during armed conflicts and the classic model of interpreting IHRL in the light of IHL emerged. The latter has been consistently employed since the 90s to address the interaction between these two regimes. Admittedly, this model probably allowed as much IHRL intervention in the regulation of hostilities as was feasible within the context prevailing at the time.

41 Report of the un Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (25 September 2009) UN Doc A/HCR/12/48 para. 296.

42 *Cfr.* Meyrowitz, Henri. "Le droit de la guerre et les droit de l'homme" (1972) 88 Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger 1059.

43 *Cfr.* UN World Summit Outcome Report (24 October 2005) UN Doc. A/RES/60/1.

44 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (adopted 18 December 1979) 1249 UNTS 13 (CEDAW); Convention on the Rights of the Child (adopted 20 November 1989) 1577 UNTS 3 (CRC); Convention Against Torture (adopted 10 December 1984); 1465 UNTS 85 (CAT); International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (18 December 1990) 2220 UNTS 3.

45 ECHR; ACHR.

46 Human Rights Committee (1966); Committee on Economic, Social and Cultural Rights (1966); Committee on the Elimination of Discrimination against Women (1979); Committee against Torture (1984).

47 *Cfr.* Pease, Kelly Kate and Forsythe, David. "Human Rights, Humanitarian…" *Óp. cit.*, p. 6-9.

IHRL obligations, nonetheless, have furthered even more during the last couple of decades and the protagonist function that it has acquired within the international community, requires a new model of IHL-IHRL interaction that mirrors this advancement[48]. The most significant IHRL developments include: emergence of new regional treaties and monitoring bodies in Asia and Africa[49]; creation of new universal bodies within the structure of the UN, such as the Human Rights Council[50]; acquiescence of states to the implementation of the Universal Periodic Review as a mandatory monitoring mechanism[51]; creation of the International Criminal Court to punish the most heinous violations of IHRL[52]; and proliferation of new treaties and protocols to further the protection offered to individuals[53]. IHRL's progress has even challenged some of the traditional conceptions prevailing in International Law, including jurisdiction and sovereignty. Regarding the first one, it was traditionally assumed that a state was bound to safeguard individuals' rights only when it had jurisdiction over them, and this concept was intrinsically linked to a territorial element. In the last few years, however, extraterritoriality has turned into a feature of IHRL obligations, expanding its scope to the actions undertaken by states abroad[54]. In the same way, the classic state-centred definition of sovereignty has been challenged by IHRL and has developed into a more humanity-driven notion that requires states to respect individual rights as a primary condition for their legitimacy[55].

All these changes were caused by the undeniable growth of IHRL and consequently, the model employed for the IHL-IHRL interaction should progress at the same pace. In my view, the Integrative model is a progressive one that better achieves this aim.

2.1.2. Elements of the model

2.1.2.1. *Lex specialis*

48 *Cfr.* Chevalier-Watts, Juliet. "Has human rights law…" *Óp. cit.*, p. 3-5.

49 ASEAN Intergovernmental commission on Human Rights (2009) and ASEAN Human Rights Declaration (adopted 18 november 2012) Association of Southeast Asian Nations; Arab Human Rights Committee and Court and Arab Charter on Human Rights (adopted 15 september 1994) League of Arab States; African Court of Human and People's Rights and Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (13 September 2000) African Union CAB/LEG/66.6.

50 GA Resol. 265 (15 March 2006) UN Doc A/RES/60/251.

51 *Ibíd.*

52 Rome Statue of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998) 2187 UNTS 3.

53 Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict (adopted 25 May 2000) 2173 UNTS 222; Optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography (adopted 25 May 2000) 2173 UNTS 222; Optional Protocol to the Convention Against Torture (adopted 18 December 2002) 2375 UNTS 273; International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 December 2006) 2716 UNTS 3; Convention on the Rights of Persons with Disabilities (adopted on 13 December 2006) 2515 UNTS 3 (CRPD); Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (adopted 13 December 2006) 2518 UNTS 283; Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (adopted 10 December 2008); Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure (adopted 19 December 2011).

54 ICJ, *Palestinian Wall… Óp. cit.*, paras. 103-113; ECtHR, *Al-Skeini and others v UK,* App no 55721/07 (ECtHR, 7 July 2011) paras. 109 –150; *Jaloud v. Netherlands*, App no. 47708/08 (ECtHR, 20 November 2014) paras. 139-156; *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations of States" (2009) 9 Human Rights Law Review 521.

55 *Cfr.* 2005 World Summit... *Óp. cit.*

In order to build a solid interpretative solution to resolve the issue of conflicting rules, it is first necessary to determine which one of the regimes shall be given the primary role. For this purpose, the maxim *lex specialis derogat legi generali* established by International Law provides the best mechanism. This principle is a Roman rule of interpretation according to which the norm that is more specific to the situation at stake is given priority, since it is assumed is better suited to address the circumstance and create a more appropriate result[56]. As Milanovic has explained, however, *lex specialis* in this case should not be understood as a principle of conflict-resolution aiming to apply solely the special rule and displa-ce the general one; instead, this maxim should operate as a conflict-avoidance norm, which pursues a joint interpretation of the two rules, in application of the systemic principle mentioned above[57]. The primary regime, thus, applies directly to the scenario, but the secondary one guides the latter's interpretation.

In the case at stake, IHL is the primary body of law since it was specifically formulated to regulate the conduct of hostilities and tailored to address its particularities. Considering that an armed conflict constitutes an extraordinary circumstance with unique features, it requires context-sensitive solutions that can be better generated by IHL. This view has been consistently maintained by the ICJ[58], and has been followed by other international bodies, such as the IACHR[59] and the HRC[60]. IHRL, thus, should be afforded the secondary interpretative function.

2.1.2.2. The role of IHRL: Interpretation of IHL rules

IHL norms constitute a minimum threshold of protection below which the rule of law cannot be set[61]. When applying IHL rules, however, several interpretative possibilities may arise. Under the model proposed, the possibility that is most protective and that best complies with an IHRL's approach should be selected. This way IHRL principles will still be present by inspiring the interpretation of the rules that do apply, so as to achieve an outcome that respects the rights of individuals to the highest attainable standard.

This model proposes a balanced solution that weighs all the interests at stake, by avoiding illusory Human-Rightist approaches that ignore the realities of armed conflicts. Certainly the intention of applying IHRL is to raise the standards of protection in favour of individuals[62], but it should be observed that the circum-

56 *Cfr.* ILC, Conclusions of the work… *Óp. cit.*, p. 2.
57 Milanovic, Marco. "Norm Conflicts…" *Óp. cit.*, p. 10-11.
58 ICJ, *Nuclear Weapons… Óp. cit.*, para. 25; ICJ, *Palestinian Wall… Óp. cit.*, para. 106.
59 IACHR, *Coard v US.. Óp. cit.*, para. 42.

60 HRC General Comment No. 31 on The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant (26 May 2004) UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 para. 11.

61 *Cfr.* Rusinova, Vera. "The right to life in light of the integration between the norms of International Humanitarian and Human Rights Law" http://www.hse.ru/data/2014/05/12/1321656524/38LAW2014.pdf (accessed: July 2016).
62 *Cfr.* Milanovic, Marco. "Norm Conflicts…" *Óp. cit.*, p. 3.

stances surrounding war differ significantly from those governing peace-time, and include high degrees of violence, politically-sensitive contexts and military-focused decision-making processes. These complexities limit the protection that can realistically be afforded to individuals and will inevitably result in "watered down" IHRL standards[63]. That is why the integrative approach proves to be a suitable one: unlike other new models proposed[64], it does not intend to directly apply IHRL rules in the battlefield but, instead, allow IHL rules to govern, as was initially intended.

On the other hand, this model is mindful that IHRL standards should not be attenuated excessively, to the point of annulling the values that it stands for. If this happened, IHRL would be at the risk of simply being diluted and replicate the problems identified in the current model. Furthermore, unduly watering down IHRL obligations, could potentially open the door for claims in support of attenuated duties during peace time, which could debilitate the IHRL regime overall[65]. Consequently, through the approach proposed, the IHL-IHRL interaction would be addressed through a well-balanced interpretation. States will not have unattainable duties to pursue, but will be forced to modify its conduct in ways that are respectful of human dignity, even in the battlefield.

3. The right to life under the Integrative Model

Today, it is assumed as one of IHRL's basic premises that every individual is entitled to human rights on the basis of the universality principle[66] and they remain valid for all, with or without an armed conflict[67]. This principle becomes even more relevant when dealing with the right to life, due to its inherent importance. Life is the most precious asset that an individual has, because his entire existence is dependent on it and it is a necessary condition for every other aspect of human development[68]. Likewise, the right to life is the foundation upon which all other rights are construed and, accordingly, its violation constitutes an especially heinous breach of IHRL[69].

Because of its transcendence, the contrasts between the standards of protection of life under IHRL and under IHL become especially relevant. From a broad perspective, the standard set in IHL is significantly lower and more flexible than that of IHRL, legitimizing deprivations of life that during peacetime would be

63 *Ibíd.*
64 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit.*; Droege, Cordula. "Elective affinities? Human rights and humanitarian law" (2008) 90 IRRC 501; Sassoli, Marco and Olson, Laura "The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts" (2008) 90 IRRC 599.
65 *Cfr.* Milanovic, Marco. "Norm Conflicts…" *Óp. cit.*, p. 4.
66 Universal Declaration of Human Rights (1948) UNGA Res 217 A(III), UN Doc A/810 91 (UDHR) Preamble.
67 *Cfr.* Milanovic, Marco. "Norm Conflicts…" *Óp. cit.*, p. 7
68 *Cfr.* Wicks, Elizabeth. *The Right to Life and Conflicting Interests.* Oxford Scholarship, 2010. Ch1.
69 *Ibid*; IACtHR, Santo Domingo Massacre v Colombia No. N. 12.416 (30 November 2012) para. 190.

unacceptable[70]. This chapter will compare the standards of protection offered by both regimes, will analyse how other models have dealt with the issue, and will propose an alternative solution in light of the integrative model.

3.1. IHRL: The protection of the right to life

In IHRL, the right to life is protected extensively by all major instruments. In the ICCPR, the American Convention on Human Rights (onwards ACHR) and the African Charter on Human and People's Rights (onwards ACHPR), the right to life is framed as an entitlement of every individual and is also characterized as a non-derogable right[71]. The only qualifier available within the wording of the relevant provisions is that arbitrary deprivations of life are prohibited. Hence, *non-arbitrary* acts that result in the death of an individual are allowed. The term arbitrary, however, is generally understood in a far-reaching manner and has been defined as an unlawful act that has no legal basis to be undertaken or one that, even if lawful, is unnecessary/disproportionate[72].

The European Convention on Human Rights (onwards ECHR), meanwhile, gives more detail on the matter and, while ensuring the right overall, it expressly establishes the exceptions when deprivations of life can be acceptable. Art. 15 of the ECHR establishes that those that result from "the use of force which is no more than absolutely necessary: (a) in defence of any person from unlawful violence; (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained; (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection" do not constitute a breach[73]. Consequently, here there is no space for discretion since the convention itself states what the acceptable deprivations of life are, and it tacitly excludes any other possibility not mentioned. When dealing with times of emergency, on the other hand, the ECHR considers the right to life as a non-derogable one, "except in respect of deaths resulting from lawful acts of war"[74]. The definition of what a lawful act is, however, should include both IHRL and IHL relevant rules.

In sum, all IHRL treaties offer a high-standard protection of the right to life, seeking to safeguard it as a supreme value and based on the presumption that every individual's right is deserving of permanent protection, regardless of personal circumstances like the function he performs[75]. What is more, this protection does not cease in times of war[76]. In the specific case of the use of force, all IHRL instruments address it expressly or tacitly as a possible exception to the protection

70 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit.*, p. 2.
71 International Covenant on Civil and Political Rights. Arts. 4, 6; American Convention on Human Rights Art. 27; African Charter on Human's and People's Rights. 1520 UNTS 217 (ACHPR) does not have a derogation clause.
72 *Cfr.* Wicks, Elizabeth. *The Right to Life and… Óp. cit.*, Ch1.
73 European Convention on Human Rights. Art. 2.
74 European Convention on Human Rights. Art. 15.
75 *Cfr.* May, Larry. "Humanity, Necessity and the Rights…" *Óp. cit.*
76 ICJ, *Nuclear Weapons… Óp. cit.*, para. 25; ICJ, *Palestinian Wall… Óp. cit.*, para. 106; ECHR, *Hassan v UK… Óp. cit.*, para. 77.

of the right to life. However, in order for it to be deemed legal, the amount of force used cannot exceed what is strictly necessary and proportionate to obtain a legitimate objective, like self-defence or the defence of others against an imminent threat, to prevent a serious crime with potential lethal results, or to arrest a person or prevent his escape[77]. Additionally, IHRL requires that other preventive measures are undertaken to protect life such as giving a warning in advance, granting the opportunity to surrender and exhausting non-violent means previously[78]. Thus, a LHM approach can be identified, requiring that lethal force is employed as a last-resort measure whilst other alternatives are exhausted first[79].

3.1.1. Extraterritoriality of Human Rights

Although the protection of IHRL and, more specifically the right to life, remain in force during an armed conflict, there is one element of this regime's structure that could inhibit its application overall: jurisdiction. All IHRL treaties establish that a state is bound to ensure rights only to individuals that are subject to its jurisdiction[80] and, traditionally, the latter has been linked mainly to the territory of the state[81]. Under this scheme, a state was bound to protect the rights of individuals within their borders and, only exceptionally, the rights of persons abroad if it had the consent, invitation or acquiescence of the territorial state[82]. This understanding was rooted in the classic definition of jurisdiction of International Law but, as Milanovic has explained, they constitute two different concepts[83]. International Law's Jurisdiction is a complex notion dealing with prescriptive, adjudicative and enforcement elements which require total sovereign control over a territory, whilst IHRL's simply refers to the *de facto* relationship between an individual and the state, and the consequent humanitarian obligations that are triggered as a result[84].

The issue of IHRL's jurisdiction started to be clarified by the ICJ as early as 1971 in the South Africa v Namibia Advisory Opinion[85] and was later furthered by the 2004 Palestinian Wall judgement[86], when the court affirmed that a *legitimate title* over a territory abroad was not necessary to trigger IHRL obligations and that, although this kind of jurisdiction was primarily found within state's boarders,

77 *Cfr.* Kleffner, Jann. "Section IX of the ICRC Interpretative Guidance on Direct Participation on hostilities: The end of Jus in Bello proportionality as we know it?" (2012) 45 ILR 35 p. 14

78 *Ibíd*; Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, GA Res. 45/121 (14 December 1990), Principles 4, 5, 9.

79 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit.*, p. 2-5; Kleffner, Jann. "Section IX of the ICRC…" *Óp. cit.*, p. 15; Melzer, Nils.'Targeted Killing or Less Harmful Means? – Israel's High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity', 9 YIHL 87 (2006) p. 3-6.

80 International Covenant on Civil and Political Rights. Art. 2; ACHR. Art. 1; European Convention on Human Rights. Art. 1.

81 ECtHR, *Bankovic and others v Belgium* App 52207/99 (12 December 2001) paras. 59-61.

82 *Ibídem*.

83 *Cfr.* Milanovic, Marco. *Extraterritorial Application of HR Treaties: Law, principles and Policy* OUP, 2011. Ch 1.

84 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights…" *Óp. cit.*, p. 32-36.

85 ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16 para. 118.

86 ICJ, *Palestinian Wall… Óp. cit.*, para. 109.

it would be mistaken to interpret rules in a manner that allow states to escape their IHRL's responsibilities when acting abroad. In these judgements, the ICJ endorsed the extraterritorial character of IHRL's jurisdiction while distinguishing it from that of International Law.

In the early stages, courts only accepted effective overall control over foreign territory as a valid source of extraterritorial jurisdiction[87], which is known as the territorial model. In time, nonetheless, they progressively came to accept state's factual power over an individual also as a valid source of jurisdiction, the personal model[88]. When extraterritoriality is configured on the basis of the former, it is triggered by the effective control of a territory overall or control over some of the relevant public powers of that territory, through military occupation or through the consent of the state[89]. This kind of model generates not only negative obligations but also positive ones[90]. In the case of the right to life, the first type of obligations involves refraining from any deprivations of this right through the state's own agents, whist positive obligations imply the duty to prevent violations perpetrated by third parties.

In respect of the personal model, however, the requirements for obligations to be triggered are more complex. There are two ways of configuring this model and bringing victims under the jurisdiction of the state: first, through acts perpetrated by diplomatic authorities and, second, through the use of force by states' agents in foreign soil[91]. In respect of the latter which is the one that concerns this paper, jurisdiction is triggered by the factual power that a state acting abroad has over an individual through its agents. Although it is still very debated within the legal doctrine, this understanding of the personal model is what King calls the cause-and-effect notion[92]. In the case of the right to life, if a state agent has the power to kill an individual or uses a weapon against him, that should suffice to bring the target within the jurisdiction of that state[93]. It would be excessive to establish additional requirements like physical apprehension or custody of the individual before the obligations regarding this right can be triggered. The right to life is the basis of human existence but is very fragile and can be irreversibly affected from afar; thus, the fact that the victim is in custody of a state or not is irrelevant when assessing a breach of this sort and, setting that as a requirement, would only hinder the access of the victims to a remedy, contradicting the protective nature of IHRL[94].

87 *Ibid*; ICJ, *South West Africa… Óp. cit.*, para. 118, ECtHR, *Loizidou v Turkey*, App no 15318/89 (1996) para. 56; ECtHR, *Cyprus v Turkey* App no 25781/94 (EctHR, 2001) paras. 75, 77; ECtHR, *Bankovic and others v Belgium Óp. cit.*, paras. 67, 71, 80; IACHR, *Coard v US.. Óp. cit.*, para. 37.

88 ECtHR, *Al-Skeini and others... Óp. cit.*, para. 135, 142.

89 *Ibid.*; ECtHR, *Bankovic and others… Óp. cit.*, paras. 60, 71.

90 *Cfr.* Milanovic, Marco. *Extraterritorial Application… Óp. cit.* Ch 1.

91 ECtHR, *Al-Skeini and others... Óp. cit.*, para. 134

92 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations… *Óp. cit.*, p. 36.

93 *Cfr.* Milanovic, Marco. *Extraterritorial Application… Óp. cit.*, Ch 1.

94 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations… *Óp. cit.*, p. 35.

The right to life under the IHRL regime, thus, remains as a binding obligation for states acting abroad in the context of an armed conflict because of the extraterritorial character of IHRL jurisdiction. Whether it is through the territorial or through the personal model depending on the case, states shall refrain from depriving individuals of their right to life through the actions of their agents. Evidently this obligation needs to be harmonized with IHL relevant rules as was explained in the previous chapter but, overall, IHRL protective principles remain valid and they do not make distinctions between individuals.

3.2. IHL: The protection of the right to life

IHL regime is a status-based system that categorizes individuals either as combatants or as civilians[95]. In general terms, combatants are those who belong to the armed forces of a state[96] or those who belong to any other armed groups which fulfil the four requirements given by Art. 4.2 of the III GC: responsible command, fixed distinctive sign, carrying arms openly and complying with IHL[97]. Civilians, on the other hand, are defined in the negative as any person who is not a combatant[98] and who are entitled to protection from attacks, unless they directly participate in hostilities[99].

There are important differences between the protection of the right to life offered by IHL to each of the categories of individuals, but this paper will focus on the safeguards established in favour of combatants. Pursuant to Art. 43 of the API, combatants have the right to directly participate in hostilities, which should be understood as performing acts specifically aimed at affecting the enemy's military capacity, with a direct casual link and with a belligerent intent[100]. Therefore, the role that a combatant performs is dangerous and is characterized by armed attacks and high levels of violence. That is probably why IHL does not establish many provisions regarding protections of the right to life in favour of combatants and the safeguards available operate mostly under extraordinary circumstances, for instance, when they have been captured and acquired the status of Prisoners of War[101] or when they are found *hors de combat*[102]. However, combatants who are not under any of these circumstances, do not have express provisions protecting their right to life and, therefore, it has been traditionally assumed that lethal force can be used against them unrestrictedly.

Nonetheless, IHL provisions do not prescribe a combatant's right to kill enemy

95 High Court of Justice Israel, *Targeted killings… Óp. cit.*, paras. 27-28.
96 III Geneva Convention. Art. 4.1.
97 III Geneva Convention. Art. 4.2.
98 Additional Protocol I. Art. 50.
99 Additional Protocol I. Art. 51.
100 ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. ICRC, 2009. p. 47-58.
101 III Geneva Convention. Arts. 13,14,42,52,121.
102 Additional Protocol I. Art. 41.

fighters nor do they set the grounds for when such killing could be deemed lawful[103]. Although it has been long assumed that this right is implicit in the combatant status[104], IHL only contains provisions *implying* that killings may be lawful at times, but there is no express legal support for that assumption. Considering that IHL is a regime mostly delimited by prohibitions, those who support the right to kill argue that there is no rule prohibiting an enemy combatant from being targeted[105] and that the silence should be interpreted as an authorization, resulting in a minimum protection -if any- of their right to life. Even the most fervent supporters of this assumption, however, should acknowledge that the extent to which this right should be watered down cannot be determined clearly from the text of the IHL rules, because of the lack thereof. This, in my view, opens the door for other possible readings of these norms.

3.3. Existing interpretations of the right to life during armed conflict

While IHRL offers permanent and mostly unrestricted protection of the right to life to all individuals, IHL makes remarkable distinctions between individuals and offers a lower degree of protection that varies among the different categories. These contrasts result also in differences regarding the principles governing the use of force. Under IHRL, the use of lethal force is lawful only on an exceptional basis to deter an imminent danger[106], must be aligned to a LHM approach[107] and followed by an investigation[108]. Conversely, IHL assumes that the high levels of violence in armed conflicts require force to be used on a sustained basis and, hence, it is more willing to deem it legal on the basis of military necessity, often without even requiring investigation[109]. All these divergences need to be addressed through an appropriate model of IHL-IHRL interaction, to create an adequate and coherent standard of protection regarding the right to life.

3.3.1. Traditional approach: Nuclear weapons judgement

The traditional approach to the right to life in armed conflicts was built employing the model of reading IHRL in the light of IHL, which was discussed in the first chapter. Under this model, the notion of arbitrariness regarding a deprivation of life in IHRL is defined by the relevant IHL norms. This approach was used first by the ICJ in the 1996 Advisory Opinion on Nuclear Weapons, when the court

103 *Cfr.* Melzer, Nils. “Targeted Killing or Less Harmful...” *Óp. cit.*, p. 10

104 *Cfr.* Parks, Hays. “Part IX of the ICRC ...” *Óp. cit.*, ; Watkin, Kenneth. “Humans in the Cross- Hairs: Targeting, Assassination...” *Óp. cit.*

105 *Ibíd.*

106 ECtHR, *McCann and Others v UK* App. 18984/91 (1995) paras. 202-213; ECtHR, *Ergi v. Turkey* App. 850/1057 (1998) para. 79; ECtHR, *Isayeva v Russia* App. 57950/00 (2005) para. 189; Principles of Firearms… *Óp. cit.*, Principles 9 and 10.

107 *Cfr.* Droege, Cordula. “Elective affinities? Human rights and humanitarian...” *Óp. cit.*, p. 32.

108 *Ibíd.*

109 *Ibíd.* p. 25.

stated: "In principle, the right not to be arbitrarily deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict [IHL]"[110]. Since then, this has been the interpretation *par excellence* of the right to life during wartime, which was later ratified by the 2004 Palestinian Wall judgement[111], by the 2004 General Comment 31 of the Human Rights Committee (onwards HRC)[112] and by other international bodies.

However, the difficulty presented by this approach is that the IHL protection regarding the right to life would stay unchanged by IHRL, leaving the latter excluded from the regulation of hostilities in practice[113]. Moreover, putting IHL in the position of defining IHRL rules, would undoubtedly require the former's rules to be straight forward about its own standards and, as was analysed in previous sections, IHL is far from crystal clear on the matter[114]. This approach is, thus, inadequate.

3.3.2. More recent approaches: The Integrative Model

The alternative approach here proposed is in application of the integrative model discussed in chapter 1, reading IHL under the light of IHRL principles. It aims at understanding the protective IHRL values of the right to life as spreading into armed conflicts, strengthening the protection offered by IHL and, thus, toughening the requirements established for the use of force[115]. This would not be in complete contradiction with the solution adopted by the Nuclear Weapons Judgement because the suggested approach would still derive from IHL rules as *lex specialis* and not from IHRL standards. The only variation would be that the IHRL rules would affect the structure of the reasoning employed for interpretation. Instead of reading the IHL rules in the same mechanical way they have been interpreted traditionally, this approach intends to read the relevant norms in a way that offers the lives of combatants a certain degree of protection if their killings are not pursuant to necessary military objectives.

This will translate mainly into limitations of the legal use of force in the conduct of hostilities that, without conceptually deeming every killing of a combatant illegal, will aim at lessening the lethal risks that combatants are exposed to and hopefully reducing the number of casualties. In other words, a LHM approach would be injected to the IHL regime. This would better match the trend established towards an international legal framework that is increasingly more respectful of IHRL and, even if it would impose heavier obligations on states, the latter have proven through their acquiescence to the emergence of new treaties and

110 ICJ, *Nuclear weapons… Óp. cit.*, para. 24.
111 ICJ, *Palestinian wall… Óp. cit.*, para. 106.
112 HRC General Comment 31… *Óp. cit.* para. 11.
113 *Cfr.* Rusinova, Vera "The right to life in light of the integration..." *Óp. cit.*, p. 8.
114 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit.*, p. 2.
115 *Cfr.* Rusinova, Vera "The right to life in light of the integration..." *Óp. cit.*, p. 8-9.

their willingness to establish and be abided by new IHRL bodies and procedures in the recent years, that this would be a suitable next step in IHL interpretation.

Academics have suggested various other ways to achieve this same protective goal, generally through the insertion of IHRL normative elements in the regulation of war. For instance, Droege[116] and Sassoli[117] have suggested that some areas within an armed conflict that may more likely resemble a situation of peace due to the physical distance with the battlefield or to its disconnection with the military objectives, should have IHRL as the *lex specialis* and, hence, all operations undertaken there should abide by the more strict rules of Law Enforcement Operations[118]. According to Droege, this would offer a higher standard of protection to individuals affected by the armed conflict, which is the same goal pursued with the model here proposed[119]. However, the problem with this solution is that, conceptually, it would depart from the systemic approach that guides International Law and, instead, would give way to parallel isolated regimes expected to apply alternatively and open the door for discretionary -and even arbitrary- determinations of applicability[120]. Furthermore, this solution entrusts IHRL with the task of governing areas affected by armed conflict with its own rules, which may often not accommodate to the needs of war and impose impracticable duties. These norms could eventually lapse into disuse and, ultimately, weaken the rule of law overall.

The benefit of using the integrative model here suggested, is that it provides a more consistent theory that aims to regulate the entirety of the conduct of hostilities through the one regime that was created for that purpose, namely IHL, while allowing the influence of IHRL to humanize the standards of protection. Because of the convenience of this approach specially regarding LHM, there are already two judgements that have applied similar rationales at the national level. The first one refers to the 2006 Judgement of the Supreme Court of Israel on the Targeted Killings case, which was concerned with the anti-terrorist policy of targeted killings undertaken by the Israeli government in places like Judea, Samaria and the Gaza Strip in the context of an armed conflict[121]. Here the Supreme Court established that, because of the lack of clarity in the IHL norms, there were a few additional conditions that needed to be fulfilled for the policy to be deemed legal, including that the individuals targeted could not be attacked if "less harmful means can be employed"[122]. The court furthered this argument by stating that "among the military means, one must use the means whose harm to the human rights of the harmed person is smallest"; thus if an individual "can be arrested, interrogated and

116 *Cfr.* Droege, Cordula. "Elective affinities? Human rights and humanitarian..." *Óp. cit.*
117 *Cfr.* Sassoli, Marco and Olson, Laura "The relationship between international humanitarian..." *Óp. cit.*
118 *Ibid* p. 15, *Cfr.* Droege, Cordula. "Elective affinities? Human rights and humanitarian..." *Óp. cit.*, p. 30-35.
119 *Cfr.* Droege, Cordula. "Elective affinities? Human rights and humanitarian..." *Óp. cit.*, p. 39.
120 *Cfr.* Kleffner, Jann. "Section IX of the ICRC Interpretative Guidance…" *Óp. cit.*, p. 18.
121 High Court of Justice Israel, *Targeted Killings… Óp. cit.*, para. 2.
122 *Ibíd* para. 40.

tried, those are the means which should be employed"[123]. In this judgement, the Supreme Court derived this standard from the principle of proportionality found in Israeli national legislation but, as was stated before, the notion of LHM is one that resembles IHRL standards[124]. Hence, even though here the court employed national law in its rationale, the remarkable aspect of it is that it used a more protective rule to shine through the IHL norm and guide its interpretation, so as to increase the standards of protection even in favour of belligerents[125].

The second example is a resolution of the National Human Rights Commission of Nepal[126] which dealt with an armed attack perpetrated by the national security forces against a group of Maoists, who had been forcing students and professors at a school to be indoctrinated through their "cultural programme". In this incident, when the security forces arrived to the place, they surrounded the five insurgents and opened fire, causing six of them and five children to be killed. The Commission determined that the state agents should have given a warning and attempted to arrest the Maoists first, especially since the latter did not fire back at the security forces nor they were even significantly armed[127]. Hence, the Commission determined that there had been a violation of IHL[128]. Although it did not mention expressly where the LHM approach derived from, it did make several references to human rights and, ultimately, endorsed a flexible interpretation of IHL that contrasted with the classic one[129].

These two judgments endorse a LHM approach in the context of armed conflicts. Of course, these are not means that can always be used but they should always be considered as a first option. If the conditions allow and they do not presuppose significant additional danger to soldiers or civilians, non-lethal means should be employed[130]. This idea was also endorsed by the HRC in the Concluding Observations on the Reports of Israel in 2003 and 2010[131]. Similarly, here the Committee noted that "before resorting to the use of deadly force, all measures to arrest a person […] must be exhausted"[132.]

Although the situations addressed in these resolutions involved civilians participating in hostilities and not combatants specifically, the same rationale can be applied to the latter[133]. The reason behind a LHM approach is to protect the lives

123 *Ibíd.*
124 *Cfr.* Ben-Naftali, Orna. 'A Judgment in the Shadow of International Criminal Law', 5 J ICL (2007) 322.
125 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 6.
126 *Cfr.* Poudyal, Kedar Prasad. *The role of national human rights institutions in armed conflict situations, with special reference to NHRC–Nepal.* Danish Institute for Human Rights, 2006. p. 87-88.
127 *Ibíd.*
128 *Ibíd.*
129 *Ibíd.*
130 High Court of Justice Israel, *Targeted killings… Óp. cit.*, para. 40.
131 HRC, Concluding Observations, Israel, CCPR/C/ISR/CO/3, 29/07/2010, 10, www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.ISR.CO.3.doc (accessed: august 2016).
132 HRC, Concluding Observations, Israel, CCPR/CO/78/ISR 21-08-2003, 15, http://www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/ConcludingObservations/HRC-Concluding%20Observations%20(2003).pdf (accessed: august 2016).
133 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 6.

of the individuals that are being targeted pursuant to respecting their human dignity, but irrespective of the function they perform. Consequently, this rationale makes even more sense when dealing with combatants because they are individuals who have not forfeited their rights and who are definitely the most directly affected by the dangers of war; this increased vulnerability, thus, should make them receive at least the same protection as other participants[134]. Moreover, IHL's intrinsic intention has always been to afford protections for all individuals affected by armed conflicts -including combatants- and prevent avoidable suffering[135]. Accordingly, the protective rationale presented by these resolutions should also be extended to combatants in the form explained in the next chapter.

4. Least Harmful Means as a principle guiding armed conflicts

In order to understand this proposal, one needs to renounce to preconceptions that have governed classic IHL interpretation and, instead, be willing to analyse IHL *lex lata* with an IHRL-lead approach, in search for the most protective rules upon which to construe a human-centred interpretation of the entire regime. In this regard, first it is important to highlight that the starting point of IHL ever since its emergence, is that within an armed conflict "the only legitimate object which states should endeavour to accomplish […] is to weaken the military forces of the enemy"[136], as stated in the 1868 St. Petersburg Declaration. This same norm was later embodied in rules of the Hague Regulations (onwards HR) and the APs, stating that "[t]he right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited"[137]. This principle is inherently incompatible with the traditional notion of an unfettered right to kill combatants, because it suggests that even persons not expressly entitled to protection against direct attack, namely enemy combatants, have some safeguards foreseen by IHL[138]. Today, the latter is still a guiding principle of this body of law and, because of its powerful protective outlook, it should be the basis of this analysis[139].

In this sense, it is perfectly legitimate to use force against the enemy within the context of an armed conflict, but only to the extent necessary to defeat him and achieve the military objective sought, because the acts that exceed this standard would be considered inhumane[140]. The amount of force used and the extent of

134 *Cfr.* May, Larry. "Humanity, Necessity and the..." *Óp. cit.*, p. 25.
135 *Cfr.* Forsythe, David. *The Humanitarians: The International Committee of the Red Cross.* Cambridge University Press, 2005.

136 St Petersburg Declaration Preamble.
137 Hague Convention (IV) Respecting the Las and Customs of War on Land and its annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land (adopted 18 October 1907) 36 STAT 2277 (HR-IV). Art. 22; API Art. 35.
138 *Cfr.* ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, ii (1974) CE/COM I1I/C 3; ICRC, 'Weapons that May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects: Report on the Work of Experts' (1973) cited in Goodman, Ryan. 'The Power to Kill or Capture Enemy Combatants' (2013) 24 EJIL 819 p. 23-30.

139 *Cfr.* Goodman, Ryan. 'The Power to Kill or Capture Enemy..." *Óp. cit.*, p. 18.
140 *Ibíd* p. 19.

damage inflicted against enemy soldiers should be restrained by those objectives, which cannot include the extermination of enemy combatants as one of them[141]. At times, killing may be an unavoidable result of the use of force within hostilities, especially in cases of actual combat, self-defence or defence of fellow soldiers; but it should be evaded when LHM are feasible and would suffice to weaken the enemy. Killing should only be employed when it is essential to accomplish military purposes, and not merely to avoid military inconveniences[142].

The ICRC in its 2009 Interpretative Guidance clearly established this rule: "The kind and degree of force which is permissible against persons not entitled to protection against direct attack must not exceed what is actually necessary to accomplish a legitimate military purpose in the prevailing circumstances"[143]. This statement encompasses the interpretation that this paper endorses. Nevertheless, it should be noted that it has been heavily criticized by states and by a part of the legal doctrine because, it is submitted, it lacks foundation within IHL[144]. The intention of this article, however, is to support this understanding not based on IHL rules alone, but in IHL norms interpreted in light of IHRL. The novel element of this proposal is that, through the intervention of the latter, IHL rules are read in a human-centred and not in a military-convenient way, through the highlighting of the protective norms contained already in IHL, namely the prohibition of superfluous injury or unnecessary suffering, the principle of military necessity and the prohibition of assassination. These rules deny the possibility of an unfettered right to kill and, instead, suggest a LHM approach for the conduct of hostilities. In the next sections, I will analyse each one of these rules in more detail.

4.1. Prohibition of superfluous injury or unnecessary suffering

This is a principle first found in the St. Petersburg Declaration and in the HR, initially aimed at excluding the use of *weapons* that "uselessly aggravate the suffering of disabled men or render their death inevitable"[145]. Recently, however, it was expanded and incorporated in API, not only directed to limit the *means* of warfare but also the *methods*[146]. In 1996, this principle was qualified by the ICJ as an intransgressible one, aimed at preventing "greater harm than that unavoidable to achieve legitimate military objectives"[147]. The goal is to offer protection from excessive pain to all individuals, without regard for the status they hold.

As Melzer has explained, the value of this principle is that it evidences the protec-

141 *Ibíd* p. 20.
142 *Ibíd* p. 5.
143 ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct… Óp. cit.*, p. 81.
144 *Cfr.* Parks, Hays. "Part IX of the ICRC 'Direct Participation in..." *Óp. cit.*; Ohlin, Jens David. 'The Duty to Capture', 97 Minnesota Law Review (2013) 1268.
145 St Petersburg Declaration.
146 Hague Convention (IV) Art. 23; Additional Protocol I Art. 35.2.
147 ICJ, *Nuclear Weapons... Óp. cit.*, para. 78.

tive values that are incorporated into IHL norms and that are often disregarded[148]. This rule hints that a LHM principle could also be present as part of the IHL rules and that operations should be directed at rendering belligerents *hors de combat* and not at killing them, because the latter would constitute unnecessary suffering.

4.2. Principle of military necessity

If we apply the ideas derived from the previous principle, the question remains as to how could the LHM notion operate within a context of wartime, without forfeiting military objectives in favour of protective goals. In IHL there are two principles that represent these interests: on the one hand, that of military necessity and, on the other, the principle of humanity[149]. Traditionally, it has been assumed that the first one is the "justifying factor inherent in all rules of IHL" which excuses the resort to violent measures during an armed conflict that would not be acceptable during peacetime[150]. The second one operates as a counterpart of the latter and is founded on the value of human dignity and in the need to respect others -including enemies-, injecting a common sense of humaneness into the battlefield. Finding a consensus on the balance between these interests, however, has proven to be very complex and the solutions offered by the classic approaches, often involved the principle of humanity being sacrificed[151]. Under this scheme, a LHM idea would seem unfit.

However, there is an emerging trend of understanding military necessity not only as a permissive principle, but also as a restrictive one with elements of humanity within it[152]. Military necessity was first defined by the 1863 Lieber Code as "the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war"[153] and this definition is accepted even today. This two-sided concept conditions operations in two ways: first, they must be crucial for the achievement of a military purpose and, second, they cannot be prohibited by IHL. Thus, military necessity does not justify every conduct, but only the ones that fulfil the requirements mentioned[154]. Since those are two cumulative requirements, killings contrary to IHL's positive norms can never be justified by considerations of military necessity, but more importantly, those without manifest military necessity cannot be justified, even if they are not proscribed under IHL[155]. This principle, therefore, also advocates for the LHM approach here presented[156].

148 *Cfr.* Melzer, Nills. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p.12.
149 St. Petersburg Declaration.
150 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 19.
151 *Ibíd* p. 15.
152 *Ibíd* p. 23.
153 Lieber Code (1863).
154 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 28.
155 *Ibíd*.
156 *Ibíd* p. 22.

4.3. Prohibition of assassination

This rule is founded on a traditional IHL concept that was established in the HR, reflecting a code of honour between combatants: treachery[157]. This included not only perfidy as defined today in Art. 37 of API, but also an express prohibition of assassination in the following terms: "it is especially forbidden... to kill or wound treacherously individuals belonging to the hostile nation or army"[158].

This prohibition, according to Oppenheim, has the following implications: "no assassin must be hired, and no assassination of combatants be committed; a price may not be put on the head of an enemy individual; proscription and outlawing are prohibited; no treacherous request for quarter must be made"[159]. Thus, the intention of this prohibition was to outlaw the possibility of setting assassination as one of the goals to be achieved within an armed conflict, because of the barbaric implications that this idea entails[160]. Evidently this norm is not an absolute prohibition because that would be incompatible with the realities of war, but it does suggest that assassination should not be a legitimate military objective and that it should be avoided to a certain extent. Consequently, this rule excludes killing as the default military strategy and provides support for a LHM approach.

Some authors, nevertheless, have argued that this rule is not applicable in today's conduct of hostilities because of the different type of tactics and warfare employed[161]. They claim that a century ago when the HR were elaborated, the usual strategy involved close fighting between combatants in the front line, whereas today a significant number of attacks are undertaken at a distance, especially through drone warfare[162]. Following this rationale, some states have departed from the Hague rule and have removed the assassination prohibitions from their military manuals asserting that it doesn't adapt to modern conditions[163]. Nevertheless, this prohibition represents one of the most human-centred norms of IHL and should not be disregarded out of military convenience. More importantly, from a legal perspective, this posture is adopted in breach of the mentioned Hague rule, which is still binding on all states in virtue of its customary nature[164].

4.4. LHM applied in armed conflict

By understanding that war's only legitimate goal is defeating the enemy and by

157 Hague Convention (IV) Art. 23b.
158 *Ibíd*.
159 Oppenheim, Lassa. *International Law, Vol. II, Disputes, War and Neutrality.* Longman's, Green & Co. 1952. p. 341.

160 *Cfr.* Westlake, John. *International Law, Part II, War*. CUP, 1907. p. 75.

161 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit*., p 21-22.
162 *Ibíd*.
163 *Cfr.* The Manual of the Law of Armed Conflict, UK Ministry of Defence. OUP, 2004.
164 Nüremberg International Military Tribunal, *Judgment on the Trial of German Major War Criminals* (1946) reprinted in AJIL, Vol. 41, 1947, p. 248-249.

applying the prohibition of superfluous injury or unnecessary suffering, the prohibition of assassination and the principle of military necessity in its restrictive form, IHL acquires a different approach to the conduct of hostilities. If these norms are allowed a leading role in the determination of protections in favour of the life of combatants and in the reading of more operative rules, IHL is capable of affording a balanced solution regarding the use of force.

Accordingly, under the scheme proposed, the fact that IHL is silent regarding combatant's protections from attacks, can no longer be interpreted as giving way to an unconstrained right to kill. Moreover, according to the Martens Clause, in the cases not envisaged by the treaties, "civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of humanity and from the dictates of public conscience"[165]. This notion was furthered by the ICTY, stating that "anytime a rule of IHL is not sufficiently rigorous or precise […] the scope and purport of the rule must be defined with reference to those principles and dictates"[166]. Consequently, the lack of either a prohibition or an authorization of attacks on combatants, cannot be understood as an endorsement of the right to kill but, at most, it can be read as permitting the use of force that is reasonably necessary to achieve legitimate military objectives[167]. Furthermore, Art. 57 of API manifestly authorizes attacks on military objectives only in the cases where they offer a "definite military advantage"[168]. In this respect, it would be nonsensical to interpret that IHL meant to set a higher standard of protection for objects than for individuals. Hence, the use of force used against combatants will also need to be subject -at least- to an equivalent rule.

This approach is not intended to impose unrealistic restrictions or to put excessive risks on the armed forces. It simply compels parties not to cause more damage to the enemy than is strictly required. This translates into the armed forces' obligation to always consider LHM options first, when planning military operations. This is an assessment that needs to be done in the circumstances of each operation in concrete, based on the conditions prevailing at the time and with enough flexibility for error when judging a military commander's judgement on the matter[169].

4.4.1. When is the LHM approach to be applied?

This interpretation of IHL rules is undertaken under the light of IHRL principles and, therefore, it has to be aligned with the rules of application of the latter. In other words, only when IHRL is applicable to a determined situation, the proposed approach will be available. As was established in the previous chapter, IHRL

165 Additionaln Protocol I. Art. 1.2.
166 ICTY, *Prosecutor v Kupreskic* Case No. IT-95-16-T-14, (January 2000) para. 525.
167 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 24.
168 Additionaln Protocol I. Art. 57.
169 *Cfr.* Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 27-28.

obligations emerge whenever a state has jurisdiction, within state boarders as well as outside of them. In this regard, the territorial model of jurisdiction will mostly operate during NIACs and military occupations, and the personal model will operate during other kinds of IACs. Negative obligations regarding the right to life, namely the prohibition of deprivations of life, are triggered under both models[170].

Whenever a state has territorial control over the entirety or a part of the territory of another state during an armed conflict, this interpretation of IHL should operate. Similarly, when a state is perpetrating military operations abroad but without territorial control, and its agents have de facto power over an individual, the interpretation here proposed should apply. To exemplify how the personal model of extraterritoriality operates, I will use Ryan Goodman's interpretation[171] of a soldier *hors de combat*. According to Art. 41.1 of AP1, a combatant who has been put *hors de combat* "shall not be made the object of attack"[172]. In this respect, Goodman sustains that when Art. 41.2.a includes any person "in the power of the enemy" as part of this category, this should be interpreted to include also the moment prior to capture when the individual is already *de facto* in the power of the adversary[173]. He suggests that this was the intention of the wording of Art. 41.2.a, which departed from the text of similar provisions in previous IHL treaties[174]. He uses this approach to justify LHM from an IHL perspective, arguing that enemy combatants against whom a military operation is perpetrated are "in the power" of the offensive armed forces, also the moments prior to the attack and thus, if possible, should be captured and not forcefully attacked or killed in light of Art. 41. Goodman's interpretation of "in the power of the enemy" matches the cause-effect approach presented earlier regarding the personal model of extraterritoriality, which only requires a de facto power or authority over an individual to trigger IHRL obligations[175]. Using this same scheme, then, it can be said that the LHM approach proposed would operate every time a combatant is "in the power of the enemy".

In modern wars today, however, hostilities take place not only in the form of close fighting on the ground but also from a distance by drone warfare[176]. In this regard, IHRL obligations would also be binding under the notion of extraterritorial IHRL jurisdiction presented earlier. In these cases, it is undeniable that the state party perpetrating the attacks from a distance would have de facto power over the adversary, namely the power to kill, irrespective of the lack of physical apprehension[177]. Accordingly, uses of force would also need to be guided by a LHM principle. This

170 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations…" *Óp. cit.*, p. 32-36.
171 *Cfr.* Goodman, Ryan. 'The Power to Kill or Capture Enemy..." *Óp. cit.,* p. 13.
172 API. Art. 41.1.
173 *Cfr.* Goodman, Ryan. 'The Power to Kill or Capture Enemy..." *Óp. cit.*, p. 14; ICRC, Commentary on Additional Protocols... *Óp. cit.*, para. 1602.
174 *Ibíd.*
175 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations…" *Óp. cit.*, p. 35-36.
176 *Cfr.* Doswald-Beck, Louise. "The right to life…" *Óp. cit.*, p. 24.
177 *Cfr.* King, Hugh "The extraterritorial Human Rights Obligations…" *Óp. cit.*, p. 32.

does not mean that distant attacks could not take place, but that they should be undertaken in a way that causes the least harm possible to the enemy fighters and only employed when there is a concrete military advantage at stake.

5. Conclusion

The proposal contained on this paper, intends to offer an alternative way of understanding the IHL-IHRL relation, which results in a LHM approach that limits the use of force legally accepted in the conduct of hostilities. The motivation for the change proposed is found in the recent configuration of IHRL as an essential element within the international community which, procedurally, demands a reconsideration of the classic model of interaction of these two regimes that privileged IHL and, substantially, requires the incorporation of higher standards of protection of the rights of the individuals participating in the armed conflict, namely combatants. The biggest advantage of this proposal is that it derives not from the insertion of rules alien to the conduct of hostilities, but from IHL norms themselves, specifically the prohibition of superfluous injury or unnecessary suffering, the principle of military necessity and the prohibition of assassination. This novel reading of IHL dissolves what Melzer calls the "outdated juridical myth"[178] of an unconstrained right to kill enemy fighters and, instead, allows uses of lethal force only when they are required to achieve a definite military advantage.

Admittedly, the proposed application of the LHM principle will present complications for states in the conduct of hostilities at every level. These difficulties will range from determining what the required standard of military necessity is in the context of a specific operation, to the additional precautions that commanders will have to enforce; and, moreover, it will likely set a large economic burden on states to look after the increased number of survivors, including additional medical facilities to look after wounded combatants and additional detention centres for Prisoners of War that fulfil all the requirements established in GCIII. Therefore, while this proposal may not find robust support from the perspective of states' interests, if adopted it will ultimately serve two purposes: it will inject humanity into the combat and, in the long term, it will hopefully influence states' *ad Bellum* policy, serving to disincentive their involvement in armed conflicts in the future, especially those known as "wars of choice".

178 Melzer, Nils. "Targeted Killing or Less Harmful..." *Óp. cit.*, p. 28.

Implementación del Derecho Internacional Humanitario en Ecuador

Cristina Quijano
Universidad San Francisco de Quito USFQ, graduada del Colegio de Ciencias Sociales y Humanidades, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: cristinaquijanocarrasco@gmail.com

Ricardo Ruiz
Universidad San Francisco de Quito USFQ, graduado del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: ricardoruizlopez93@gmail.com

Camila Roberts
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mila.roberts96@gmail.com

Eduardo Guerrero
Universidad San Francisco de Quito USFQ, graduado del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: eduardoriguerrero@hotmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018

Resumen

El régimen de Derecho Internacional Humanitario, sin duda, requiere de su implementación a escala nacional para tener un impacto apropiado en la regulación de los conflictos armados. El presente trabajo busca explorar de manera crítica la aplicación de dicho régimen en Ecuador, no únicamente en términos de implementación de tratados internacionales en la legislación nacional, sino también en el rol del gobierno y otras instituciones. Con este propósito, se analizará la adhesión del Ecuador a tratados internacionales y su vinculación con la legislación nacional, así como otras medidas relativas a instituciones como el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Defensa, entidades educativas, la Comisión Nacional de Derecho Internacional Humanitario y la Cruz Roja Ecuatoriana.

Palabras clave

Ecuador, Derecho Internacional Humanitario, implementación, legislación, educación.

Implementation of International Humanitarian Law in Ecuador

Abstract

The International Humanitarian Law regime undoubtedly calls for its implementation at a national level in order to have an adequate impact in the regulation of armed conflict. This paper aims to critically explore the application of such regime in Ecuador, not only in terms of the implementation of international treaties in national legislation, but also regarding the role of government and other institutions. For this purpose, Ecuador's accession to international treaties and its connection with national legislation will be analyzed, as well as other actions related to institutions such as the Ministry of Foreign Affairs, the Ministry of Defense, educational institutions, the National Commission of International Human Law and the Ecuadorian Red Cross.

Keywords

Ecuador, International Humanitarian Law, implementation, legislation, education.

1. Introducción

Siendo el Derecho Internacional Humanitario (en adelante, DIH) un régimen de derecho internacional, los tratados internacionales y la costumbre constituyen sus principales fuentes. Los Estados, por su parte, pueden expresar su consentimiento de obligarse a un tratado o convenio mediante la firma y ratificación del mismo, o; por adhesión[1] si es que el tiempo de ratificación ha terminado, mediante el envío de una carta al depositario. Cabe recalcar que la mera firma del instrumento no establece ninguna obligación jurídicamente vinculante para el Estado más que la de no irse en contra del objeto y fin de este.

Particularmente, en el caso del DIH, los tratados internacionales determinan los estándares bajo los cuáles los países se rigen en caso de conflicto armado, haciendo que las hostilidades se lleven a cabo de manera más humana. La expresión de consentimiento de obligarse de los Estados a dichos tratados es fundamental debido a que contribuye a consolidar el régimen de DIH, a cumplir el deber de garantía de los Estados frente a los derechos fundamentales de las personas que se ven envueltas en conflictos armados, y a reducir la impunidad con la implementación de sanciones con efecto disuasivo en cuanto a potenciales infractores o criminales[2].

A pesar de que la expresión de consentimiento de los distintos países a tratados internacionales es fundamental, no es de ninguna manera medida suficiente para la implementación del DIH a escala nacional. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, CICR) elabora una serie de recomendaciones que incluyen la traducción de documentos, difusión de su contenido, sanción, violaciones al DIH, adopción de legislación nacional, capacitación de personal, promoción de la creación de Sociedades Nacionales de Cruz Roja o de Media Luna Roja, entre otras sociedades de ayuda voluntaria[3]. Este trabajo busca analizar las medidas de implementación del DIH a escala nacional en Ecuador. Con este propósito, se examinará la adhesión del Ecuador a tratados internacionales y la vinculación de los mismos con legislación nacional. Por otro lado, se indagará acerca otras medidas relativas a instituciones, que actúan como interagentes estatales como el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Defensa, entidades educativas, la Comisión Nacional de DIH y la Cruz Roja Ecuatoriana.

1 *Cfr*. CICR. *Manual de implementación del Derecho Internacional Humanitario a nivel nacional*. Ginebra: CICR, 2012, p. 19. https://www.icrc.org/spa/assets/files/publications/icrc-002-4028.pdf (acceso 30/04/2017).
2 *Cfr*. *Id*., p. 20.
3 *Cfr*. *Id*., p. 24.

2. Tratados internacionales y su aplicación en Ecuador

2.1. Tratados internacionales

Al ser los Convenios de Ginebra uno de los ángulos fundamentales en el DIH, Ecuador ha ratificado sus Convenios I-IV, así como sus Protocolos Adicionales I y II. Y, a pesar de que Ecuador firmó el Protocolo Adicional III relativo a la aprobación de un signo distintivo[4] adicional, no lo ha ratificado hasta la presente fecha[5]. Esto no afecta de ninguna manera el "estatus jurídico de los signos distintivos reconocidos por los Convenios de Ginebra [...] ni de cualquier signo particular cuando se incorpore con fines indicativos"[6]. Adicionalmente, se debe considerar que la costumbre del DIH cumple un rol fundamental como fuente vinculante del derecho.

Otro pilar esencial en el DIH es el derecho de los Convenios de la Haya. Ecuador ha ratificado la Convención de la Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899. Ha firmado Convenciones de la Haya de 1907 que tratan temas como: la restricción del derecho de captura, guerra terrestre, explosivos, barcos comerciales enemigos, minas submarinas, bombardeo por fuerzas navales y poderes neutrales en guerra marítima[7]. A pesar de que no existe vinculación legal con las disposiciones de dichos textos, se puede entender que Ecuador ha estado, de cierta manera, de acuerdo con el objeto y fin de los mismos.

El derecho de los Convenios Ginebra y de La Haya se ven complementados por una serie de convenciones y tratados con referencia a temas más específicos dentro del DIH. Algunos ejemplos de ellos son los tratados en cuanto a conducción de las hostilidades[8] y protección de propiedad cultural[9]. Estos usualmente convergen con otras áreas del Derecho como el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), llegándose a dar una suerte de complementariedad entre los mismos. Uno de los tratados más importantes respecto al DPI es el Estatuto de Roma de la Corte Penal

4 Signos distintivos son los emblemas que están exentos de toda connotación religiosa, política o cultural con uso protector o indicativo. Como signo de protección, se usa para "hacer saber a las partes en un conflicto armado que las personas, los vehículos o las instalaciones que portan los emblemas deben ser protegidos en todo momento y nunca deben ser usados como objetivo o ser atacados. *Cfr*. CICR. "Emblemas de humanidad". *Folleto de la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.* Junio de 2016 https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/0876_emblems_of_humanity_spa(web).pdf (acceso 08/04/2018).

5 Sobre países que han firmado este protocolo, *vid*. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Tratados, países parte y comentarios.* 2005. https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesSign&xp_treatySelected=615 (acceso 02/05/2017).

6 Rivera, Luis. *Reforma a la Ley sobre el Uso y Protección al Emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja con la inclusión de un recurso administrativo para efectivizar lo dispuesto en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre el mal uso del emblema en tiempos de paz.* Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2013, p. 57.

7 Sobre tratados firmados por Ecuador relacionados con DIH, *vid.* CICR. *Tratados, países parte y comentarios. Óp. cit.*

8 Sobre tratados en cuanto a conducción de hostilidades, *vid.* Convenio sobre Ciertas Armas Convencionales 1980 con sus Protocolos Adicionales I-V acerca de fragmentos no detectables; minas, armas trampa y otros artefactos; armas incendiarias; armas láser cegadoras; y restos de explosivos de guerra, respectivamente. Convención sobre Prohibición de Armas Químicas.

9 Sobre tratados en cuanto a protección de propiedad cultural, *vid.* Convención de La Haya sobre la Protección de Propiedad Cultural de 1954 con sus dos protocolos.

Internacional de 1998[10], el cual define, en su artículo 8, los crímenes de guerra y establece procedimientos a llevarse a cabo en caso de que el Estado no pueda procesar estos crímenes[11]. Respecto del DIDH, Ecuador ha ratificado una serie de tratados de DD. HH. con implicaciones para el régimen del DIH[12].

Se debe tomar en consideración que la mera ratificación o adhesión a tratados internacionales del DIH constituye tan solo el primer paso en cuanto a la implementación del DIH a escala nacional. Para tal efecto, el CICR, y particularmente su servicio de asesoramiento, ha presentado instrumentos tipo para facilitar la adhesión o ratificación de los diferentes Estados a los tratados de DIH, los cuales se pueden encontrar en los recursos electrónicos[13] de dicha organización. Así, por ejemplo, la traducción de los documentos antes mencionados al español, idioma oficial del Ecuador, constituye un paso fundamental antes de su difusión. Ecuador así lo ha hecho, y los documentos antes mencionados se encuentran publicados en el Registro Oficial[14]. En las secciones a continuación, se analizarán otras formas de implementación de los tratados de DIH en la legislación nacional ecuatoriana.

2.2. Vinculación con legislación nacional: avances y retos

Para comenzar, una de las principales formas de implementar el DIH en Ecuador implica la adopción de legislación o regulaciones pertinentes. En esta sección se evaluará la vinculación de los tratados internacionales de DIH con la legislación ecuatoriana por medio del principio de complementariedad[15]. Xavier Philippe, asesor jurídico del CICR para Europa Occidental y Profesor de Derecho Público en las Universidades de Aix-Marseille III y Cabo Occidental, lo define como "un principio funcional destinado a otorgar jurisdicción a un órgano subsidiario cuando el órgano principal no puede ejercer su primacía de jurisdicción"[16]. En el caso de DIH, esto implica que tanto la legislación internacional y nacional funcionen complementariamente para sancionar los delitos dentro del régimen y, por tanto, que se evite la impunidad.

Con respecto a la complementariedad, es particularmente importante debido a

10 El Estatuto de Roma fue precedido por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la cual Ecuador también ha ratificado. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 8.

11 CICR. *Manual de Implementación. Óp. cit.*

12 Sobre los tratados de derechos humanos ratificados por Ecuador, *vid.* Convención sobre los Derechos del Niño (1989), con su Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados; Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

13 CICR. Acceso a Recursos Electrónicos. https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdpze.htm (acceso: 20/05/2018).

14 El II Convenio de Ginebra se encuentra publicado en el Registro Oficial 675 del 25 de noviembre de 1954; el Protocolo adicional II se encuentra publicado en el Registro Oficial 831 del 14 de mayo de 1979, mientras que el Protocolo adicional I en el Registro Oficial 881 del 15 de julio de 1979.

15 En cuanto al DIH, el Estatuto de Roma establece en su artículo 1 que "La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto".

16 Philippe, Xavier. "Los principios de jurisdicción universal y su complementariedad: su intersección". *International Review of the Red Cross* 862 (2006), p. 7.

que "la mayoría de los tratados de DIH exigen la promulgación de normas más detalladas o la creación de organismos de control"[17]. A todo esto, es necesario tomar en consideración que Ecuador sigue una doctrina monista, la cual concibe al Derecho internacional y al Derecho interno como un solo sistema jurídico. La Constitución así lo consagra al prescribir la jerarquía normativa aplicable para nuestro ordenamiento jurídico[18]. Esta coloca a los tratados y convenios internacionales por debajo de la Carta Magna, pero por encima de cualquier fuente de derecho nacional. La Constitución es la fuente principal de Derecho, la única excepción que cabe son aquellos tratados de derechos humanos (en adelante, DD. HH.) que aseguran una mejor protección de derechos. Esto no aplica al presente caso por tratarse de DIH. A continuación, se examinarán los distintos cuerpos normativos que integran el DIH.

2.2.1. Código Orgánico Integral Penal

Las graves violaciones al DIH se sancionan mediante el Derecho Penal, ya sea este nacional o internacional. Una de las medidas que recomienda el CICR en cuanto a la implementación del DIH a escala nacional es "sancionar todas las violaciones de los instrumentos de DIH y, en particular, adoptar legislación penal que sancione los crímenes de guerra"[19]. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano (en adelante, COIP) que entró en vigencia en el año 2014 tipifica dichas violaciones. Incluye normas internacionales de DIH, y busca que las prácticas prescritas en los mismos se acaten de la mejor manera. Los esfuerzos del Estado se ejemplifican en el Título IV, Capítulo Primero[20], en el cual se prescriben las graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el DIH. Y son, precisamente, estos últimos los que nos conciernen en este trabajo y analizaremos a continuación.

El uso de métodos y medios prohibidos en conflicto armado se encuentra regulado por el Derecho mediante los Convenios de La Haya. Aquellos métodos y medios que causen como consecuencia males superfluos o sufrimientos innecesarios se prohíben en el Protocolo Adicional I (en adelante, PA I)[21] y se prescribe como crimen de guerra[22] en el Estatuto de Roma[23]. En el COIP, por otro lado, se habla de "métodos prohibidos por el Derecho Internacional Humanitario"[24] y se enumeran varios particulares relacionados con padecimiento de hambre, orden de no dar cuartel, ataques a la población o bienes

17 Comité Internacional de la Cruz Roja. *Manual de Implementación. Óp. cit.*, p. 24.

18 *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador (2008) Artículo 425.

19 CICR. *Manual de Implementación. Óp. cit.*

20 *Cfr.* Código Orgánico Integral Penal (COIP). Título IV, Capítulo Primero. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

21 *Cfr.* Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 35.

22 Crímenes de guerra, de acuerdo con el artículo 8 del Estatuto de Roma, son "infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 cometidos contra personas o bienes protegidos, así como "otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional".

23 *Cfr. Eiusdem.*

24 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 121. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

civiles, ataques indiscriminados, etc. Según la legislación ecuatoriana esto se sanciona con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años y, en caso de que provoquen la muerte, la pena cambia de veintidós a veintiséis años[25]. De manera más específica en cuanto a medios es posible referirse a la utilización de armas prohibidas por el DIH que se sanciona en el artículo 122[26] con una pena de trece a dieciséis años.

En relación con la protección de bienes de acuerdo al DIH, el COIP establece una definición de los mismos que incluye aquellos de carácter civil, los destinados a asegurar la existencia e integridad de las personas civiles, como las zonas y localidades destinadas a separarlas de objetivos militares y los bienes destinados a su supervivencia o atención, los que son parte de misiones de paz o humanitarias, los que son destinados a la satisfacción de derechos "del buen vivir", al culto religioso, ciencia o beneficencia, y los que conforman patrimonio histórico, cultural o ambiental[27].

Se evidencia así que el COIP tiene una definición relativamente completa que, sin embargo, no incluye las instalaciones con fuerzas peligrosas como un bien con protección especial, como lo hace el PA I[28].

El ataque en contra de bienes protegidos prescrito en el Convenio de Ginebra IV (en adelante, CG IV)[29] y en el PA I[30] tiene una pena diez a trece años de reclusión en del COIP[31]. De la misma manera, la "destrucción y la apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente"[32] prescritas en los Convenios de Ginebra, constituyen otro delito de guerra. Ecuador lo tipifica en el COIP con pequeñas variaciones, pues se refiere a la destrucción y apropiación de bienes *de la parte adversa* sin necesidad militar imperativa[33]. Esto lo sanciona con pena privativa de libertad de tres a cinco años[34].

En relación a la protección de personas, el COIP en su definición incluye:

> 1. La población civil. 2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa. 3. El personal sanitario o religioso. 4. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados. 5. Las personas que han depuesto las armas. 6. Las personas que se encuentran fuera de combate o indefensas en el conflicto armado. 7. Las personas que, antes del inicio de las hostilidades, pertenecían a la categoría de apátridas o refugiados. 8. Los asilados políticos y

25 *Eiusdem*.
26 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 122. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
27 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 112. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
28 *Cfr*. Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 56.
29 *Cfr*. Convenio de Ginebra IV (1949). Artículo 33.
30 *Cfr*. Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 51.
31 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 123. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
32 Convenios de Ginebra I, II y IV (1949). Artículos 50, 51 y 147, respectivamente.
33 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 138. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
34 *Eiusdem*.

> refugiados. 9. El personal de las Naciones Unidas y personal asociado protegido por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado. 10. Cualquier otra persona que tenga esta condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales[35].

Con respecto a este artículo, el numeral 10 es particularmente importante pues define a las personas protegidas de manera abierta, es decir, no se restringe a aquellas mencionadas dentro del artículo. Esto no sucede en el caso de los bienes protegidos, llevando así al problema antes mencionado. Asimismo, el COIP sanciona la suspensión de derechos de personas protegidas con pena de diez a trece años[36]. Pero presenta una dificultad en cuanto a su protección. El COIP alude a que el ataque con fines terroristas sea contra una persona protegida[37]. Esto presenta un problema serio en cuanto a la protección que las personas deben recibir en la conducción de hostilidades, pues las personas protegidas cuentan con protección legal solo frente a este tipo de ataques y no otros. Es decir, si bien el enunciado de las personas protegidas es correcto, la causa de la que se las protege, según el COIP, que es el terrorismo, es limitada, y no se ajusta a la técnica jurídica, enmarcándola en conflictos armados. A pesar de ello, existen otros artículos destinados a la protección de personas durante el conflicto armado que, si bien no subsanan completamente esta incoherencia, contribuyen a su protección.

El homicidio intencional constituye un crimen de guerra de acuerdo con los Convenios de Ginebra I, II, III, y IV artículos 50, 51, 130 y 147 respectivamente[38]. El mismo tratamiento le otorga el Estatuto de Roma en el artículo 8, numeral 2, inciso a)[39]. Igualmente, el homicidio intencional se encuentra tipificado en el COIP en caso de conflicto armado en el artículo 115[40], el cual establece que el homicidio a una persona protegida por el DIH se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Adicionalmente, un grupo de personas en particular cuenta con especial protección bajo el DIH, los niños. Reclutar a menores de 15 años constituye un crimen de guerra según el Estatuto de Roma y se prohíbe también en PA I, artículo 77.2[41], así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 38[42], tratado de DD. HH. que actúa de manera complementaria. También, el COIP lo sanciona con una pena de diez a trece años en el artículo 127[43]. Es necesario mencionar que, dado el

35 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 111. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

36 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 131. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

37 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 126. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

38 *Cfr*. Convenios de Ginebra I, II y IV (1949). Artículos 50, 51, 130, 147.

39 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 8, numeral 2, inciso a). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

40 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 115. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

41 "Artículo 77.- 2. Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad". Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 77.

42 *Cfr*. Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 38.

43 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 127. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

conflicto armado que toma lugar en Colombia, este puede ser uno de los artículos más relevantes del COIP en cuanto al uso práctico del DIH en Ecuador, pues los grupos armados operan principalmente en territorio colombiano, esto no evita que se recluten a niños dentro del territorio ecuatoriano[44].

La obstaculización de tareas humanitarias, prescrita en el artículo 23 del CG IV[45] también se menciona en la legislación ecuatoriana. Estas se sancionan con una pena de diez a trece años según el artículo 124 del COIP[46]. De forma similar, la omisión de medidas de socorro o asistencia humanitaria y la omisión de medidas de protección se sancionan con de cinco a siete años en los artículos 134 y 135 respectivamente[47]. Un aspecto que se observa en este artículo es que el mismo sanciona también a quienes obstaculicen las tareas sanitarias y humanitarias en situaciones de "conflicto armado internacional o interno, **grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural**" (énfasis añadido)[48].

La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, y "causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud"[49] constituyen otros dos crímenes de guerra prescritos en los artículos antes mencionados de los Convenios de Ginebra y del Estatuto de Roma. En esta línea, Ecuador lo tipifica en caso de conflicto armado en el artículo 119 del COIP[50], con una pena privativa de la libertad de trece a dieciséis años en caso de tortura, y en el artículo 117 en caso de lesiones a la integridad física con las "penas máximas previstas en el delito de lesiones aumentadas en un medio"[51]. Asimismo, las mutilaciones o experimentos médicos prescritos en el artículo 11 del PA I[52] se sancionan en el artículo 118 del COIP[53] con una pena de trece a dieciséis años. Esto incluye, además de mutilaciones y experimentos, la extracción de tejidos y órganos en el contexto de un conflicto armado.

Otro crimen de guerra prescrito en los CG III y IV, artículos 130 y 147 respectivamente, es "el hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga"[54]. El COIP amplía esta perspectiva al referirse, en su artículo 129, a "los participantes activos en conflicto

44 Sobre ideas que se analizan en el texto. *Cfr*. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR). *Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo de Colombia* (2015). http://www.refworld.org.es/docid/56333c144.html (acceso 08/04/2018).
45 *Cfr*. Convenios de Ginebra IV (1949). Artículo 23.
46 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 124. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
47 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículos 134 y 135. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
48 *Eiusdem*.
49 Convenios de Ginebra I-IV (1949). Artículo 50.
50 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 119. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
51 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 117. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
52 *Cfr*. Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 11.
53 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 118. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
54 Convenio de Ginebra III y IV (1949). Artículo 33.

armado"[55] y no solo a los prisioneros de guerra. Este artículo garantiza otros derechos como el debido proceso, y la liberación y repatriación en cuanto sea posible. El no cumplimiento conlleva una pena de diez a trece años. El derecho al debido proceso se reitera, pero, en cuanto a personas protegidas en general, se menciona en el artículo 133[56] cuya violación implica una pena de cinco a siete años.

En cuanto a los prisioneros de guerra, de manera particular, se los menciona en el artículo 353[57] de forma que puede resultar confusa al constituir una incoherencia entre la legislación nacional y los tratados que Ecuador ha ratificado. Primordialmente, el objetivo de capturar y privar de libertad a prisioneros de guerra concuerda con el principio de prevención[58], el cual busca alienar a dichos individuos del conflicto. Esto, con el objetivo de generar una ventaja para una de las partes beligerantes, manteniendo siempre límites que aseguren a dichos prisioneros un trato mínimo de humanidad. El III Convenio de Ginebra (en adelante, CG III) prescribe como obligación de los Estados que, tras la terminación del conflicto armado, "[l]os prisioneros de guerra serán liberados y repatriados, sin demora"[59]. Curiosamente, el COIP prescribe, en el artículo 353 numeral 13, como tipo penal para aquella persona que deje en libertad, en tiempo de paz, "a prisioneros de guerra con el fin de que vuelvan a las fuerzas armadas del enemigo o devolver equipo militar al enemigo"[60] una pena privativa de libertad de siete a diez años[61]. Como se analizó anteriormente, en tiempo de paz, es obligación de los Estados poner en libertad a sus prisioneros. Sin embargo, el COIP prescribe que será sancionada con pena privativa de libertad. Esto resulta contradictorio con el artículo 129 del mismo cuerpo y el CG III, del cual Ecuador es parte. La jerarquía de ley subsanaría esta incoherencia, ya que los tratados internacionales se encuentran por encima de códigos orgánicos.

Adicionalmente, en el artículo 125, en cuanto a la privación de libertad de la persona protegida, se establece que "la persona que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, prive de libertad, detenga ilegalmente, demore o retarde la repatriación de la persona protegida será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años"[62]. En este sentido, se debe recordar que los prisioneros de guerra son personas protegidas de acuerdo al DIH, por lo que pueden ser aplicados este artículo y el artículo 129 antes mencionado a pesar de los problemas

55 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 129. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

56 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 133. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

57 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 535. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

58 El principio de prevención es reconocido por el CICR, se trata de evitar el sufrimiento humano creando un entorno favorable, respetando la vida y la dignidad de las personas afectadas por los conflictos armados y otras situaciones de violencia. La prevención comprende, principalmente, "las actividades encaminadas a comunicar, desarrollar, aclarar y promover la aplicación del derecho internacional humanitario [...] y a lograr que se acepte la acción del CICR". CICR. *Doctrina del CICR en materia de prevención*. Ginebra: CICR, 2011, p. 5.

59 Convenio de Ginebra III (1949). Artículo 118.

60 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 353 numeral 13. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

61 En tiempos de guerra, dicho delito tiene una sanción de diez a trece años, pero esto no constituye una contradicción con el DIH.

62 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 125. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

mencionados con el artículo 353 del COIP.

La deportación o traslado ilegal prescrito en el CG IV artículo 147[63] y en el artículo 8 del Estatuto de Roma[64], se encuentra tipificada en el artículo 130 del COIP[65] con una pena de diez a trece años. De la misma manera, la toma de rehenes especificada en los artículos antes mencionados se tipifica en el artículo 128 con una sanción de pena privativa de la libertad de diez a trece años para aquella persona que en el contexto de conflicto armado "prive a otra de su libertad, condicionando la vida, la integridad o su libertad para la satisfacción de sus exigencias formuladas a un tercero o la utilice como medio para fines de defensa"[66]. Se puede ver aquí cómo no solo se tipifica la norma, sino que se ofrece una definición de dicho delito de guerra, cosa que no ocurre en el CG IV. Esto representa un ejemplo de la importancia de la legislación nacional al momento de complementar lo prescrito en los tratados internacionales con el objetivo de prevenir la impunidad.

Según el artículo 8 del Estatuto de Roma[67], los delitos de naturaleza sexual[68] también constituyen crímenes de guerra. Ecuador lo tipifica en el artículo 116 del COIP[69], donde la sanción se establece de acuerdo al tipo de delito sexual con la pena aumentada en un tercio por las circunstancias de conflicto armado. En su aplicación, se debe entender como delito sexual todo acto típico que violente la integridad sexual y reproductiva de la víctima; el Estatuto de Roma reconoce a la esclavitud sexual, prostitución, embarazo o aborto forzados, entre otros, como delitos sexuales que constituyen delitos de lesa humanidad al cometerse en el marco de un conflicto armado, de forma sistemática o generalizada[70].

Con relación a daños al medioambiente, el Estatuto de Roma lo establece como crimen de guerra. Igualmente, esto se prohíbe en el PA I artículos 35 y 55[71]. El COIP no solo sanciona los daños, sino la modificación ambiental amplia, duradera y grave o permanente con fines militares en el artículo 132[72] con una pena de siete a diez años.

Es necesario subrayar el hecho de que el COIP sanciona delitos en un contex-

63 *Cfr*. Convenio de Ginebra I (1949). Artículo 147.
64 *Cfr*. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 8.
65 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 130. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
66 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 128. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
67 *Cfr*. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 8.
68 "Tales crímenes implican la existencia previa de un umbral de gravedad e impacto de las conductas examinadas que deben llevar aparejadas bien una intencionalidad concreta, bien daños mayores que los normalmente causados a nivel interno. Por otra parte, entendemos que tales crímenes son siempre manifestaciones de la violencia sexual, sea explícita o implícita, y que en ellos predomina la desigualdad por razón de género contra las mujeres y niñas, sin excluir la dirigida contra hombres y niños". Martín, Magdalena M., y Lirola, Isabel. *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Edición en línea. Barcelona: Institut Catala Internacional per la Pau, 2013, pp. 8-9. http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/documents_i_informes/arxius/crimenes_de_violencia_sexual.pdf (acceso: 20/05/2018).
69 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 116. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
70 Londoño Toro, Beatriz y Gómez Hoyos, Diana María. *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Balances desde la Red Sociojurídica.* Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2010, p. 357.
71 *Cfr*. Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículos 35 y 55.
72 *Cfr*. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 132. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

to de conflicto armado que no se encuentran prescritos en los Convenios de Ginebra o en el Estatuto de Roma. Un ejemplo de ello es el artículo 120 que sanciona con trece a dieciséis años de privación de la libertad a "**castigos colectivos** a personas protegidas" (énfasis añadido), contribuciones arbitrarias para el desarrollo del conflicto armado[73], y otras infracciones contra personas que son parte activa del conflicto armado[74].

Adicionalmente, el COIP sanciona el uso indebido del emblema "de la cruz roja, media luna roja o cristal rojo, una señal distintiva, de cualquier otro signo que sea una imitación o que pueda prestar a confusión" con pena de uno a tres años[75]. Lo hace así cumpliendo con el Estatuto de Roma que establece esto como un crimen de guerra, sin embargo resulta interesante la mención al cristal rojo debido a que Ecuador no ha ratificado el Protocolo Adicional III (en adelante, PA III). Esto se analizará con mayor profundidad más adelante.

Sabiendo que la participación criminal es un tema también visto y analizado por la Corte Penal Internacional, se podría concluir que el deber de obediencia no está debidamente respaldado. En el COIP, esto se ve reflejado en el artículo 294[76] sobre el abuso de facultades. La responsabilidad se mide según el grado de participación. Ahora, en Ecuador, existen causales de exclusión de antijuridicidad, contempladas en el artículo 30 del COIP[77]. Por otro lado, el Estatuto de Roma, en el artículo 28[78], establece que el jefe militar será responsable de las actividades de su subordinado cuando haya tenido razón de las circunstancias o hubiere debido saber de los crímenes cometidos. Igualmente será responsable cuando no hubiere adoptado las medidas necesarias para prevenir o reprimir su comisión. Es interesante como el Estatuto de Roma se enfoca en los elementos de autoridad y control efectivo; en Ecuador, se omite este último.

En general, se puede ver que el COIP tipifica normas internacionales del DIH estableciendo su propia pena. Las definiciones que presenta el COIP concuerdan de gran manera con las establecidas en los tratados internacionales, y en algunas circunstancias amplía ciertas protecciones. En otras ocasiones reduce dicha protección como en la definición de bienes protegidos. Es así como Ecuador cumple con prevenir la impunidad en cuanto a las violaciones de DIH, incluyendo en el COIP la tipificación de delitos considerados en el Estatuto de Roma, siguiendo así las recomendaciones del Examen Periódico Universal de 2008:

> La armonización del derecho interno con las normas internacionales de derechos humanos, la reforma del Código Penal, la adopción de la Ley antidiscriminaciones y la promoción para la adopción de la Ley sobre delitos de lesa humanidad con miras a

73 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 136. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
74 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 129. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
75 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 139. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
76 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 294. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
77 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
78 *Cfr.* Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998). Artículo 28.

incorporar las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[79].

2.2.2. Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja

Tras la aprobación del Primer Convenio de Ginebra en 1864, se estableció el emblema de la cruz roja como símbolo de neutralidad. Con el paso del tiempo, a finales del siglo XIX, sociedades de socorro hacían uso de emblemas que contenían la media luna roja y el león y el sol rojos. Por tanto, a partir de la ratificación de los cuatro convenios el 12 de agosto de 1949, se unificó el uso de los tres emblemas. Cabe mencionar que su uso ha tenido como consecuencia, críticas sobre la implicación religiosa que puede interpretarse de estos símbolos[80], como la cruz.

Con el fin de terminar con estos problemas, los Estados parte, en su búsqueda de un símbolo universal, redactaron el Tercer Protocolo de Ginebra del cual Ecuador es signatario desde 2005[81]. Dicho protocolo instaura el símbolo de un cristal rojo en el cual se deja de lado cualquier connotación política o religiosa. De tal forma que no reemplaza los emblemas anteriores, sino que presenta como una nueva alternativa como un cuarto emblema. El Tercer Protocolo busca que se reconozca el mismo valor a todos los emblemas prescritos en los cuatro convenios y primeros dos protocolos, incluyéndose la cruz roja, la media luna roja, el león y sol rojos y crea un nuevo distintivo del cristal rojo cuadrado sobre fondo blanco colocado por uno de sus vértices[82].

En esta línea, la legislación ecuatoriana, en su interés por implementar y difundir el conocimiento de la ratificación de sus tratados internacionales, promulgó, en el año 2007, la Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja[83] (en adelante, LPCR), cuyo objeto es proteger los emblemas anteriormente mencionados, sus denominaciones y señales distintivas para ser utilizadas en los medios de transporte de unidades de salud, tanto durante conflictos armados como en tiempos de paz. Como su título lo indica, Ecuador reconoce a escala nacional únicamente dos de los cuatro símbolos existentes. El cristal rojo, por otro lado, se encuentra protegido bajo el COIP por lo que se le puede adjudicar cierto grado de reconocimiento por parte del Estado ecuatoriano. Sin embargo, no llega a ser costumbre internacional debido a la falta de práctica generalizada.

La LPCR prescribe también que tanto los Ministerios de Salud Pública y de Defensa, como los responsables por velar por el respecto de las normas relativas

79 Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Examen Periódico Universal. *Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su octavo período de sesiones.* 2008, pp. 110.

80 Sobre las críticas, *vid.* Comentario del artículo 38 del Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de los ejércitos en campaña (1952). https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-iii.htm (acceso 01/05/2017).

81 Sobre países que han firmado este protocolo, *vid.* CICR. *Tratados, países parte y comentarios. Óp. cit.*

82 Protocolo (III) adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional (2005).

83 Ley sobre Protección de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Artículo 1. Registro Oficial 166 de 10 de septiembre de 2007.

al uso del emblema[84]. Así también, prohíbe usos inadecuados del emblema, sin establecer una pena privativa de libertad, señala que existirán medidas administrativas y civiles conforme al artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual[85]. Por su parte, si se interpreta el COIP, se puede establecer que el uso de insignias a cargo de un oficial es penado de quince a treinta días[86].

A pesar del avance que constituye la LPCR, presenta varios problemas. En primer lugar, establece que el presidente de la República debe expedir el "Reglamento para la aplicación de la presente Ley, en un término no mayor de noventa días contados a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial"[87]. No obstante, esta medida no ha tenido lugar hasta septiembre de 2017[88].

Otro ejemplo de la implementación de mecanismos de respeto del emblema se registra en el Manual Naval del Ecuador prescrito en 1989, el cual tiene como uno de sus capítulos "el mal uso de signos de protección, señales o símbolos" que determina como ilegal el uso del símbolo de la cruz roja o la luna creciente roja por parte de los combatientes, municiones o armas, para atacar o defenderse de fuerzas enemigas[89]. En esta línea, dicho manual determina que, en el mar, bajo normas de la costumbre internacional naval, es permitido que una nave de batalla utilice colores falsos y confunda de su verdadera apariencia como forma de despistar al enemigo haciéndole creer que tiene una nacionalidad neutral. Sin embargo, podría ser una violación a las leyes de la guerra, que dicha nave ataque sin indicar sus colores verdaderos, o lo haga con símbolos del DIH.

Se encuentra permitido el uso del símbolo de la Cruz Roja, conforme prescribe el artículo 43 del II Convenio de Ginebra: "Podrán ser autorizadas a continuar enarbolando las propias enseñas nacionales al mismo tiempo que la bandera con una Cruz Roja, cuando se hayan alejado de su base, con tal de que lo notifiquen previamente a todas las Partes en conflicto interesadas"[90].

3. Medidas adoptadas por instituciones

3.1. Ministerio de Defensa: Dirección de Derechos Humanos, Género y Derecho Internacional Humanitario

El Ministerio de Defensa del Ecuador es un órgano político, estratégico y admi-

84 Ley sobre Protección de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. Artículo 9. Registro Oficial 166 de 10 de septiembre de 2007.

85 Se toma como referencia la Ley de Propiedad Intelectual por la fecha de aprobación de la Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (en adelante, LPCR). En 2016, se adoptó el Código Orgánico de Economía Social del Conocimiento e Innovación, mismo que regula la materia de propiedad intelectual.

86 Código Orgánico Integral Penal (COIP). Artículo 296. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

87 LUPECR. Artículo 12. Registro Oficial 166 de 10 de febrero de 2007.

88 Es pertinente aclarar que en esta fecha se terminó de redactar el artículo.

89 Para tener acceso al manual, *vid*. CICR. Ecuador, aspectos importantes del derecho internacional marítimo que deben tener los comandantes de los buques, academia de Guerra naval. 1989. https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_cou_ec_rule8 (acceso 30/04/2017).

90 Convenio de Ginebra II (1949). Artículo 43.

nistrativo que se encarga de diseñar y generar políticas de defensa y emitir "políticas para la Defensa y administración de las Fuerzas Armadas, a fin de garantizar y mantener la soberanía e integridad territorial; así como, apoyar al desarrollo nacional con su contingente"[91]. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Defensa es uno de los principales actores gubernamentales en caso de conflicto armado y que los principales responsables de la implementación del DIH son los Estados, se ha establecido una Dirección de Derechos Humanos, Género y DIH dentro de esta institución.

El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional del Ministerio de Defensa señala que dicha dirección tiene la misión de asegurar "su implantación en el sector de la Defensa nacional; por medio de directrices de difusión, promoción y asesoramiento técnico en concordancia al Marco Legal establecido"[92]. Entre sus actividades, se encuentran el asesoramiento, la generación de políticas, elaboración de informes y el envío de delegaciones relacionadas con el DIH. Esta dirección contribuye a la implementación del DIH en Ecuador al proveer a uno de sus ministerios más relevantes con un eje de DIH. Asimismo, ha realizado capacitaciones relativas a DIH en varias provincias. Por ejemplo, en el año 2015 se capacitó a personal de las fuerzas armadas en Esmeraldas en todo lo relacionado al COIP y DIH[93].

3.2. Instrucción Fuerzas Armadas

En Ecuador, se da por sentado la incorporación del DIH como parte de los entrenamientos e instrucción de las Fuerzas Armadas. Se han proporcionado varios cursos y seminarios dentro de las escuelas y centros de entrenamiento dentro de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, con el apoyo no solo de la Cruz Roja Ecuatoriana sino también por parte del CICR, constituyéndose así en interagentes para la difusión de la misma. Un ejemplo de ello es el curso de DIH Mariscal Antonio José de Sucre, detallado en el presente trabajo.

Por otro lado, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas cuenta con un Manual de DIH, el cual cubre nociones básicas del DIH, derecho de los Convenios de Ginebra y de La Haya, responsabilidad y ejercicio de mando, limitaciones a los medios y métodos, conducción de las operaciones militares encuadradas en el DIH, protección del emblema y bienes culturales, medios para la aplicación del DIH, entre otros. Así, dicho manual no solo explica las nociones fundamentales del DIH, sino que las aterriza al contexto ecuatoriano. Por ello, resulta necesario

91 Ministerio de Defensa. *Valores, Misión y Visión.* 2017. http://www.defensa.gob.ec/valoresmisionvision/ (acceso 02/05/2017).

92 Ministerio de Defensa. *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del Ministerio de Defensa Nacional.* 2010. http://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/Estatuto_Final_MDN_2010.pdf (acceso 03/05/2017).

93 Ministerio de Defensa. *Informe de Servicios Institucionales* MDN-DDH-2015-0056. 2015. http://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2016/01/dic15_Carrillo-Mirian.pdf (acceso 03/05/2017).

que manuales como este se usen en la difusión del DIH en Ecuador[94].

Luego de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja de 2011, con el objetivo general de fortalecer el DIH y la acción humanitaria, Ecuador se comprometió a continuar sus esfuerzos por aumentar la conciencia sobre DIH dentro de sus miembros de las Fuerzas Armadas mediante instrucción y capacitaciones. Además, un curso de DIH se organiza para oficiales de alto rango a quienes les concierne esta materia. Este suele estar a cargo de la Dirección Nacional de Derechos Humanos, Género y DIH, presente dentro del Ministerio de Defensa, la cual se enfoca en la promoción y difusión del DIH y, hasta diciembre de 2017, impartió capacitaciones[95].

3.3. Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos

Existen también organizaciones de defensa civil que cumplen un rol fundamental en la implementación del DIH a escala nacional. Ecuador reemplazó a la Defensa Civil Ecuatoriana por la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos que funciona paralelamente al Ministerio de Defensa y bajo el Ministerio de Coordinación de Seguridad[96]. La nueva secretaría tiene la misión de "garantizar la protección de personas y colectividades de los efectos negativos de desastres de origen natural o antrópico"[97].

Este tipo de instituciones cumplen un rol importante al proveer ayuda a las personas en caso de conflicto armado con las actividades establecidas en el artículo 61 del PA I[98], entre las cuales se encuentran el servicio de alarma, evacuación, salvamiento, detección de zonas peligrosas, entre otras. De acuerdo con el artículo 62 del PA I[99], este tipo de organizaciones cuentan con protección especial, y es justamente por ello que deben llevar un signo distintivo. El mismo protocolo establece que:

> El signo distintivo internacional de protección civil consiste en un triángulo equilátero azul sobre fondo color naranja, cuando se utilice para la protección de los organismos de protección civil, de su personal, sus edificios y su material o para la protección de los refugios civiles[100].

Esto presenta un problema en el caso del Ecuador, pues el logo de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos es de los colores amarillo, azul y rojo. Este error

94 Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. *Manual de Derecho Internacional Humanitario.* 2016. http://www.digedo.armada.mil.ec/documents/10180/1365341/MANUAL+DE++DERECHO+INTERNACIONAL+HUMANITARIO.pdf/04d02227-582f-494a-9a2b-20128614d713 (acceso 28/07/2017).

95 *Ibíd.*

96 Presidencia de la República. *Organigrama de la Función Ejecutiva.* 2015. http://www.presidencia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/Organigrama-Función-Ejecutiva-10-09-15_145entidades.pdf (acceso 03/05/2017).

97 Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos. *Valores, misión y visión.* 2017. http://www.gestionderiesgos.gob.ec/valores-mision-vision/ (acceso 07/05/2017).

98 *Cfr*. Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 61.

99 Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 62.

100 Protocolo (I) Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977). Artículo 66, numeral 4.

puede llevar a que, dado el caso de conflicto armado, no se puedan distinguir a las personas de esta Secretaría como parte de una organización de defensa civil y que, por consiguiente, no gocen de la protección necesaria. Por esto es imperante la implementación del signo distintivo prescrito en el PA I.

3.4. Comisión Nacional de Derecho Internacional Humanitario

Por medio de Decreto Ejecutivo 1741[101], se instaura la Comisión Nacional para la Implementación del DIH en Ecuador, conformada por varios representantes de diferentes cuerpos estatales que tienen como objeto implementar un plan nacional de acción para alcanzar todos los preceptos y objetivos contenidos en el DIH. Esta comisión está integrada por cuatro subcomités: (i) el subcomité para la preparación y el seguimiento de las recomendaciones respecto de la firma y ratificación de los tratados; (ii) el subcomité para la preparación y seguimiento del borrador de la legislación; (iii) el subcomité para el seguimiento y difusión de eventos de entrenamiento; y, (iv) el subcomité para el seguimiento de asunto institucionales para su trabajo en cuerpos tanto nacionales como internacionales de DD. HH. y DIH.

La Comisión Nacional DIH del Ecuador (en adelante, CONADIHE)[102], cumple la función de impartir y promocionar la aplicación de las normas del DIH desde las esferas público y privadas, ya sea con la adopción de medidas normativas o su modificación, así como también con el desarrollo de ejercicios académicos, en universidades o instituciones del Estado. En el informe emitido en 2016, la CONADIHE ha dado a conocer que, en Ecuador, se "presento un proyecto de modificación del Reglamento de la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, para restringir el uso del emblema de la cruz roja por ambulancias públicas y privadas"[103]. Este fue implementado en la última reforma al reglamento a la Ley de Transporte.

Asimismo, la CONADIHE estudió la viabilidad para el Estado de ratificar el PA III y emitió su recomendación. En cuanto al COIP, que entró en vigor en 2014, la Comisión promovió la incorporación en la legislación ecuatoriana de las violaciones graves del DIH[104], cumpliendo así con un papel neutral, pero a la vez buscando la aplicación de las normas del DIH que el Estado ecuatoriano ha ratificado. También vale destacar la participación de altos funcionarios del Estado en eventos organizados por la delegación regional del CICR para Perú, Bolivia y

101 Decreto Ejecutivo 1741. Registro Oficial 344, de 29 de agosto de 2006.

102 CICR, CONADIHE. Parte General: Funcionamiento de la CONADIHE. s.f. https://app.icrc.org/app/2013-09-dih-conferencia/video/pdf/02modulo-1/Informe%20Ecuador.pdf (acceso: 20/05/2018).

103 CICR. Informe 2014-2015. Aplicar el DIH. Participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario y su aplicación nacional: Avances y actividades en América. 2016. https://www.icrc.org/data/files/publications/es/informe-oea-esp.pdf (acceso 03/05/2017), p. 24.

104 *Ibíd.*

Ecuador, con el fin de implementar las medidas que se tomen a escala regional.

La actuación de la Comisión ha sido relevante en cuanto a las reformas normativas que se han llevado a cabo, haciendo concordante la legislación interna con las normas del DIH. Por ejemplo, en 2010, se incluyó el capítulo de "Delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH", además de propiciar la implementación de enseñanza del DIH en la malla curricular de las fuerzas armadas y la formación sobre DD. HH. y DIH en zonas de alta conflictividad por encontrarse cercanas a la frontera colombiana.

Otro resultado de la gestión de la CONADIHE ha sido la intervención realizada para llevar adelante procesos de negociación entre Ecuador y Perú, para el desminado en la zona fronteriza, uno de sus mayores logros[105]. Sobre este punto, la comisión ha dicho que "Ecuador y Perú vienen realizando a fin de lograr que sus territorios estén libres de minas antipersonal y contribuir, de esa manera, con el objetivo de tener las Américas como una zona libre de minas antipersonal"[106] lo que, a la vez, se complementa con las acciones de comisiones similares en países vecinos.

3.5. Cruz Roja Ecuatoriana

Otro mecanismo por el cual los Convenios de Ginebra comprometen a los Estados a implementar el DIH a escala nacional es la creación de Sociedades de Cruz Roja Nacionales. En este sentido, Ecuador cuenta con una Cruz Roja Ecuatoriana (en adelante, CRE), la cual tiene la misión de "aliviar y prevenir el sufrimiento humano, desde las comunidades, promoviendo el bienestar y la dignidad en la diversidad, mediante el desarrollo sostenido de su voluntariado"[107].

La CRE surgió a principios del siglo XX como respuesta a la amenaza de la existencia de conflicto armado con Perú. Así, médicos guayaquileños, "el 22 de abril de 1910 […] concurrieron a la sesión que se instaló en el Salón de Honor del Colegio Nacional Vicente Rocafuerte" para formar la CRE por adherirse a la Sociedad Internacional de la Cruz Roja[108]. Poco tiempo después fue reconocida por el gobierno de Eloy Alfaro mediante decreto legislativo.

Es importante resaltar que, frente al hecho de que Ecuador no se encuentra en

105 CONADIHE fue creada bajo Decreto Ejecutivo 1741 el 16 de agosto de 2006. En marzo de 2008, el Centro Nacional de Desminado Humanitario del Ecuador y el Centro Peruano de Acción contra las Minas Antipersonal pidieron una prórroga de la fecha límite para completar la destrucción de las minas antipersonal. Centro Nacional de Desminado Humanitario del Ecuador (CENDESMI). Nota 14839-DGSN / CENDESMI. 27 de marzo de 2008.

106 CICR. "Aplicar el DIH. Participación de los Estados americanos en los tratados de relevancia para el derecho internacional humanitario y su aplicación nacional." *Informe 2010-2011* (2012). https://www.icrc.org/spa/resources/documents/publication/t0276.htm (acceso 04/05/2017).

107 CRE. *Ecuador: funcionarios públicos y representantes de la sociedad civil discuten medidas para prevenir y enfrentar los problemas humanitarios*, 2015. https://www.icrc.org/es/document/ecuador-funcionarios-publicos-y-representantes-de-la-sociedad-civil-discuten-medidas-para (acceso 03/05/2017).

108 *Ibíd*.

la actualidad envuelto en ningún conflicto armado, la CRE ha expandido sus actividades para cubrir necesidades humanitarias en distintos ámbitos. Así, por ejemplo, la CRE se encarga de promover la donación voluntaria de sangre y ha cumplido un rol fundamental al proveer ayuda humanitaria en caso de desastres naturales, como sucedió con el terremoto de abril de 2016 en Manabí y Esmeraldas. En caso de darse algún conflicto armado, es necesario rescatar que Ecuador cuenta con esta institución para proveer asistencia humanitaria.

3.6. Instrucción por medio de instituciones educativas

3.6.1. Enseñanza en el sistema educativo

En Ecuador, se suscribió el Acuerdo Ministerial MINEDUC-ME-2016-00020-A, que regula la malla curricular de educación secundaria. En este acuerdo, nunca se hace mención a la enseñanza de DD. HH., mucho menos de DIH como un componente esencial en la enseñanza secundaria. Si bien es deber de los educadores el llevar este conocimiento a su alumnado, la falta de regulación y de implementación por parte del Estado, por medio del organismo competente –en este caso, el Ministerio de Educación–, deja un vacío en la educación de nivel medio[109]. Esta situación contrasta con la de países como Colombia, donde, de acuerdo con Quintero Rojas, el DIH y los DD. HH. son ejes transversales de la malla curricular[110].

Por otro lado, en el sistema de educación superior, el DIH es una materia que se entiende forma parte de especialización más que una carga académica que se deba incluir dentro de las mallas formativas de las universidades en sus programas de Derecho o Relaciones Internacionales. En Ecuador, universidades como la Universidad San Francisco de Quito (en adelante, USFQ) y la Pontifica Universidad Católica del Ecuador (en adelante, PUCE), ofrecen esta materia, aunque de forma optativa. Concursos como el Manuel Muñoz Borrero también contribuyen al aprendizaje universitario.

Desde el Estado, el esfuerzo por llevar esta rama del Derecho Internacional a la comunidad desde un plano académico se ha desvanecido. En 2013, se desarrolló el Encuentro Académico de DIH, sin que el mismo fuera replicado con posterioridad. En este encuentro, si bien por su nombre tendría la connotación de ser de carácter académico, participaron el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Ministerio de Defensa Nacional de la Vicepresidencia y, Cruz Roja Ecuatoriana de la Secretaría Técnica, excluyendo a los agentes académicos del país[111].

109 Acuerdo Ministerio de Educación MINEDUC-ME-2016-00020-A (2016).

110 Rojas Quintero, Óscar. *Derecho Humanitario en la escuela.* Nariño: Cruz Roja Colombiana y Normal Superior Pío XII, 2006.

111 Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *V Encuentro Académico de Derecho Internacional Humanitario*. Guayaquil, Ecuador (2013). http://www.cancilleria.gob.ec/v-encuentro-academico-de-derecho-internacional-humanitario-fue-inaugurado-en-guayaquil/ (acceso 03/05/2017).

Queda en duda el papel que ha desempeñado la academia en impartir dentro de su malla curricular una carga correspondiente al DIH, si bien esta es ofertada en algunas universidades, la modalidad en la que esta se efectúa, de forma optativa, no favorece a su amplia difusión, siendo, por el contexto de conflicto armado que ha vivido la región, en particular Colombia, un componente académico de necesaria aplicación cotidiana para algunas comunidades fronterizas, para lo cual es necesario su conocimiento.

3.6.2. Enseñanza a funcionarios públicos

Con respecto a los funcionarios públicos, en general, no se les ha proporcionado información sobre el DIH. En el campo judicial, existe la presunción de que todo juez es juez constitucional, y que, además, los servidores públicos deben aplicar directamente la Constitución. Se podría suponer, que, bajo el principio de complementariedad, los servidores públicos, y en especial operadores de justicia, deberían estar en plena capacidad de aplicar el DIH, al formar parte de la legislación interna que ha firmado y ratificado los instrumentos internacionales respectivos. Sin embargo, muchas veces, esto puede distanciarse de la realidad.

Se puede considerar como un avance que algunos funcionarios públicos hayan sido capacitados por la Cruz Roja Ecuatoriana, encaminando a la prevención y tratamiento de problemas humanitarios. En 2015, por ejemplo, sesenta funcionarios públicos fueron capacitados en este ámbito. El margen es muy pequeño en comparación con el número de funcionarios públicos existentes. Este tipo de capacitaciones es especialmente prioritario en zonas fronterizas, como en la frontera norte, al desarrollarse un conflicto armado[112].

Otro ejemplo de capacitación en el sector público es el Curso Mariscal Antonio José de Sucre de DIH[113], impartido por la CONADIHE, en coordinación con el CICR. Este curso cuenta con la presencia de diversas instituciones públicas. La temática del curso impartido en 2016 fue la implementación de esta normativa en caso de desastres naturales[114].

Asimismo, es importante mencionar que el Ministro de Relaciones Exteriores, a partir de 2004, llevó a cabo los primeros seminarios de entrenamiento en DIH para oficiales públicos, el 3 y 4 de agosto, del mismo año; siendo en septiembre de 2017, el último curso desarrollado en Ecuador, en el que se trató, entre otros temas, la situación de personas desplazadas a causa de desastres naturales[115].

---

112 CICR. *Ecuador: funcionarios públicos. Óp. cit.*

113 El curso promueve la capacitación en Derecho Internacional Humanitario (DHI) de los funcionarios públicos comprometidos en el proceso de adopción e implementación de medidas de este tipo ante coyunturas, como los desastres naturales. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. *Noticias Cancillería: Culminó la Octava Edición del Curso de Derecho Internacional Humanitario Antonio José de Sucre*, 28 de octubre de 2016. http://www.cancilleria.gob.ec/culmino-la-octava-edicion-del-curso-de-derecho-internacional-humanitario-mariscal-antonio-jose-de-sucre/ (acceso 03/05/2017).

114 *Ibíd.*

115 Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). *OIM Participó en el panel del IX Curso de Derecho Internacional Humanitario Mariscal Antonio José de Sucre: Construcción de la paz en el contexto del Derecho Internacional.* 2017. http://www.

En el año 2018, se impartirá una nueva edición del curso Mariscal Antonio José de Sucre con la temática "La noción de paz sostenible como puente entre el Derecho Internacional Humanitario y la diplomacia preventiva en el marco de una cultura de paz. Una mirada latinoamericana a 20 años de la firma de los Acuerdos de Paz entre el Perú y Ecuador", los días 28, 29 y 30 de mayo[116]. Dicho curso se encuentra dirigido a servidoras y servidores públicos cuyas funciones se relacionen con DIH, personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, docentes y estudiantes universitarios y representantes de organizaciones internacionales y cooperación en Ecuador, otorgándole así una perspectiva multidisciplinaria.

Este tipo de espacios resultan fundamentales, no solo para la promoción del DIH en el sector público y en otras instituciones relevantes, sino para la aplicación adecuada del mismo y la adopción de medidas que respondan a las consecuencias humanitarias del conflicto. Un ejemplo de ello es el proceso para la determinación de la condición de refugiado, realizado por funcionarios públicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, quienes, en numerosas ocasiones, deben aplicar el DIH con respecto a solicitantes de refugio que se han visto involucrados en grupos armados, cosa especialmente relevante considerando la situación de Colombia.

4. Otras medidas estatales que deben ser implementadas como parte de las recomendaciones del CICR

4.1. Reubicación de recintos y bases militares

Otra medida que aparece como parte de las recomendaciones hechas por el CICR es que los recintos e instalaciones militares sean reubicados por parte del Estado, en concordancia con el principio de prevención[117]. Como norma, las operaciones en tiempos de conflictos armados deben ser dirigidas a objetivos militares, por el principio de distinción y a la luz del segundo protocolo a los convenios de Ginebra. Por lo mismo, dichas bases deberían encontrarse por fuera del perímetro de la ciudad. Es de conocimiento de todos los ecuatorianos que la mayor parte de base militares se encuentran dentro de los límites de las ciudades; como, por ejemplo, la Base Aérea del Ejército Paquisha, en la que se encuentra, desde junio de 2017, la brigada 15 de aviación. Esta base se encuentra dentro de los límites del Distrito Metropolitano de Quito, entre las parroquias de Conocoto y Amaguaña. Resulta lejano pensar que un país en vías de desarrollo como Ecuador pueda invertir actualmente en la reubicación

un.org.ec/?p=12054 (acceso: 08/04/2018).

116 CICR. *Ecuador: concurrido 10.° curso "Mariscal Antonio José de Sucre" fue organizado por comisión de DIH.* 2018. https://www.icrc.org/es/document/ecuador-concurrido-10deg-curso-mariscal-antonio-de-sucre-realizo-comision-de-dih (acceso 29/05/2018).

117 CICR. *Manual de implementación. Óp. cit.*

de estos recintos, cuando tiene problemas sociales de mayor importancia que afrontar. Adicionalmente, Ecuador es un territorio que actualmente no se encuentra bajo ningún tipo de conflicto armado nacional o internacional. Aun así, debería implementarse esta recomendación con fines preventivos a largo plazo por la que, hasta 2014, se debía cumplir la segunda fase del Proyecto de Protección y Seguridad de la Población Civil en el Almacenamiento y Manejo de Municiones y Explosivos de Fuerzas Armadas, respecto a la reubicación de polvorines y manejo de material explosivo[118], pues lo que considera el proyecto es la construcción y reubicación de material explosivo con fines preventivos, el último informe sobre parte del proyecto de enero de 2018, detalla que el mismo se encuentra en ejecución, y es descrito como un proyecto que

> determina la construcción de cinco depósitos conjuntos de municiones denominados Depósito Conjunto de Municiones El Corazón (DEPCOR), Depósito Conjunto de Municiones Jaramijó (DEPJAR), Depósito Conjunto de Municiones Sur (DEPSUR), Depósito Conjunto de Municiones Taura (DEPTAU), Depósito Conjunto de Municiones Amazonas (DEPAMA), ubicados sobre los terrenos de propiedad de las Fuerzas Armadas, excepto el Depósito Conjunto de Municiones Sur […]. Lo que permitirá el almacenamiento y manejo seguro de las municiones de las tres ramas de las Fuerzas Armadas[119].

Sobre este aspecto, en 1997 una vez aprobado el reglamento a la Ley de Fabricación, Importación, Exportación, Tenencia de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, en el artículo 70, se dispone que la ubicación de los almacenes de explosivos será aprobada por el Comando Conjunto, pese a ello desde la publicación del reglamento han existido percances en polvorines ubicados en bases militares, en zonas urbanas.

4.2. Identificación de Bienes y lugares protegidos

El DIH prescribe que se identifiquen los bienes especiales dentro del umbral de protección. Y se consideran como tal aquellos que son bienes culturales o bienes destinados al culto[120], como los monumentos históricos, las obras de arte y los que conforman el patrimonio cultural de una nación[121]. Es obligación de los Estados conforme se desprende de la convención de La Haya de 1954 y sus dos protocolos, de los cuales Ecuador es Estado parte, que exista una señal propia por encima de los inmuebles para, de esta forma evitar ataques futuros sobre los

118 Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. *Proyecto de Protección y Seguridad de la Población Civil en el Almacenamiento y Manejo de Municiones y Explosivos de Fuerzas Armadas*. 2010. http://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/06/PROTECCION-Y-SEGURIDAD-A-LA-POBLACION-CIVIL-1_mayo_2015.pdf (acceso 28/07/2017).

119 Ministerio de Defensa Nacional. *Proyecto: K006 COMACO.- Protección y Seguridad de la Población Civil en el Almacenamiento y Manejo de Municiones y Explosivos de Fuerzas Armadas*. 2018. http://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/01/Proteccion-y-Seguridad-de-la-Poblacion-Civil_ene18.pdf (acceso 22/04/2018).

120 Culto: lugar en el que se predica y practica una religión específica, relacionadas con el ámbito espiritual.

121 Melzer, Nils. *International Humanitarian Law, A Comprehensive Introduction: International Committee of the Red Cross.* Ginebra: CICR, 2016.

mismos. A pesar de ello, en Ecuador no existe dicha identificación por parte del Estado a estos bienes, lo cual pone en detrimento los mismos y podría ser causal de excusación de la parte beligerante por la falta de señalización correspondiente.

5. Conclusiones

Si bien Ecuador ha tenido avances significativos en cuanto a la implementación nacional del DIH, todavía se enfrenta a varios retos que requieren soluciones urgentes tanto en términos de legislación nacional como de instituciones que funcionan como interagentes para la consecución de dicho objetivo. En términos de adhesión a los tratados internacionales del DIH, Ecuador ha firmado y ratificado la mayoría de los instrumentos relevantes. Sin embargo, a pesar de que Ecuador reconoce al Cristal Rojo en su Código Orgánico Integral Penal no ha ratificado el PA III.

El derecho penal es fundamental al momento de establecer sanciones a las violaciones del DIH prescritas en tratados internacionales. El COIP cumple dicho rol adecuadamente en relación con la tipificación de los delitos de guerra y el establecimiento de sanciones que van desde un año hasta veintiséis años de pena privativa de la libertad, dependiendo de la gravedad del delito. Asimismo, el COIP amplía la protección que garantiza el DIH al referirse a las garantías de los participantes activos en el conflicto armado y no únicamente a los prisioneros de guerra. Sin embargo, este cuerpo legal tiene algunas lagunas legales como la protección de instalaciones con fuerzas peligrosas y cuenta elementos que pueden generar confusión en cuanto al trato de prisioneros de guerra. Este último problema se subsana con la jerarquía de la ley y la aplicación correcta de los artículos. Otra ley fundamental en la implementación nacional de DIH es la Ley sobre el Uso y Protección del Emblema de la Cruz Roja y la Media Luna Roja. La mera existencia de la ley es positiva al prohibir los usos inadecuados del emblema. No obstante, la falta de reglamento en cuanto al uso del emblema evidencia la falta de cumplimiento a cabalidad de la ley.

Además de su implementación en la legislación nacional, otras medidas son necesarias, la mayoría de ellas institucionales. El Ministerio de Defensa, por ejemplo, cuenta con la Dirección de Derechos Humanos, Género y Derecho Internacional Humanitario que contribuye a dicho organismo con un eje de DIH, capacitaciones, generación de políticas e informes. Por otro lado, la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos no cumple con los requisitos del signo distintivo para defensa civil. Adicionalmente, las Fuerzas Armadas cumplen con la difusión del DIH al instruir a sus miembros manteniendo de esa forma a su personal capacitado. La Comisión Nacional de DIH ha tenido un papel importante en la supervisión del cumplimiento de garantías. Asimismo, Ecuador ha seguido el mandato de los Convenios de Ginebra en cuanto a la creación de su sociedad nacional de Cruz Roja, existente desde 1910.

En cuanto al sistema educativo, en secundaria, no existe enseñanza alguna del DIH. En el ámbito universitario se dicta únicamente como una materia optativa, dejando otro gran vacío en el sistema educativo ecuatoriano. Respecto a la capacitación a funcionarios públicos, esta resulta escasa y deja un gran vacío en la implementación del DIH en Ecuador. No obstante, la continuidad del curso de DIH Mariscal Antonio José de Sucre es un elemento positivo que busca una capacitación multidisciplinaria, no solo de funcionarios públicos, sino también de otros sectores privados y de la academia.


2631-2573


USFQ
PRESS